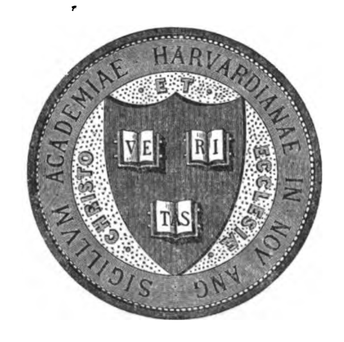

HDI
HL OE3W N


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS





Jahrbuch

des

gemeinen deutschen Rechts

herausgegeben

von

Dr. Ernst Immanuel Bekker,
Professor in Greifswald

und

Dr. Theodor Muther,
Professor in Königsberg.

Dritter Band.

Leipzig,
Verlag von S. Hirzel.
1859.

Inhalt.

I.

Gaius ein Provinzialjurist.

Von Theodor Mommsen.

Der Name des Juristen Gaius wird erst spät genannt. Die Veroneser Institutionenhandschrift bezeichnet weder den Verfasser noch das Werk und hat überhaupt, mit Ausnahme eines einsilbigen lib. III explic. am Schluß des dritten Buches, weder In= noch Subscription. Angeführt wird Gaius in der gesammten uns erhaltenen Litteratur [1] nicht vor dem Citirgesetz vom J. 426. Erst im sechsten Jahrhundert unsrer Zeitrechnung finden wir ihn häufig genannt und gebraucht, sowohl in der westgothischen (506), burgundischen (502—508?) [2] und constantinopolitanischen Codification (527 fg.) als auch bei den Grammatikern dieser Zeit, Priscianus aus Caesarea (um 512) [3] und Boethius (Consul 510), denen der gewiß nicht äl=

1) Daß der Jurist Gaius, den Javolenus (unter Traian; l. 54 pr. D. de cond. et dem. 35, 1; l. 78 D. de sol. 46, 3, beide aus den libri ex Cassio; vgl. l. 28 § 1 D. de statulib. 40, 7), Julianus (l. 59 D. sol. matr. 24, 3) und als „Gaius noster" Pomponius anführt (l. 39 D. de stip. serv. 45, 3), nicht unser unter Pius blühender Gaius sein kann, liegt auf der Hand. Höchst wahrscheinlich ist C. Cassius Longinus gemeint (Rudorff R. R. G. 1, 173 A. 2), das zweite Haupt der Sabinianer oder Cassianer; wenn dieser dem Pomponius „der unsrige" heißt, so erklärt sich dies mit Leichtigkeit daraus, daß Pomponius Cassianer war.

2) Bluhme in dieser Zeitschrift 2, 203.

3) Es ist merkwürdig, daß er (l. VI p. 282 Hertz) citirt in I institutorum, welches wohl die ursprüngliche Ueberschrift des gaischen wie des justinianischen Compendiums ist.

tere dem echten Asconius anhangende Scholiast der Verrinen [3a] und die servianischen Scholien zum Virgil [3b] sich zugesellen. Daß die collatio legum Mos. et Rom. den Gaius benutzt, ist demnach ein sicherer Beweis dafür, daß sie auf keinen Fall älter ist als das Citirgesetz. Die älteste Erwähnung des Namens fällt also zwei und ein halbes Jahrhundert später als der Verfasser und bereits in die halb barbarische Zeit; es kann darum nicht befremden, wenn der volle Name verschollen und nur die verstümmelte Vulgärbezeichnung auf uns gekommen ist. Daß Gaius der Nationalität wie dem Rechtsstande nach ein Römer war, würde schwerlich Jemand bezweifeln, auch wenn er nicht beides bestimmt genug selber sagte [3c]; er wird also auch die gewöhnlichen drei Namen gehabt haben, von denen wir nur den ersten kennen. Dies wird denn auch jetzt allgemein angenommen; aber nicht gehörig scheint man den auffallenden Umstand erwogen zu haben, daß gerade der Vorname zum Vulgärnamen geworden ist. Bei seltenen und nur einem oder wenigen Geschlechtern eigenen Vornamen, wie Appius, Servius, kommt dies freilich bei den Römern vor; aber nie hat es der Sprachgebrauch bei den gewöhnlichen Vornamen gestattet, offenbar weil bei der geringen Zahl und der dadurch bedingten Häufigkeit derselben sie für sich allein zu Vulgärbezeichnungen nicht geeignet waren. Dagegen war bei den Griechen diese Rücksicht nicht maßgebend und eine derartige Bezeichnung von Römern ihnen zu allen Zeiten geläufig. So heißt dem Polybios der ältere wie der jüngere Africanus gewöhnlich

3a) Denn daß dieser p. 164 aus Gaius 4, 15 schöpft, freilich ohne den Gewährsmann zu nennen, ist unzweifelhaft.

3b) Servius zu Georg. 3, 306, aus Gai. 3, 141. Die Philologen mögen es sich gesagt sein lassen, daß wo von Grammatikern Gaius citirt wird, man sich in der spätesten von Constantinopolitanischem Einfluß beherrschten Epoche der lateinischen Philologie befindet. — Den Lydus übergehe ich, da er den Gaius nur aus den Digesten kennt, überdies ihm beilegt, was ihm keineswegs gehört.

3c) Als römischer Nationalität im Gegensatz gegen die Griechen bezeichnet sich Gaius l. 233 § 2 de v. s. 50, 16, als römischer Bürger im Gegensatz zu den Peregrinen inst. 1, 55. 93. 4, 37.

ὁ Πόπλιος; so nennt Flamininus sich auf seinen Weihgeschenken bloß Τίτος[4] und heißt den Griechen durchweg so; so begegnet in einer Urkunde des Makkabäerbuchs[5] ein Λεύκιος ὕπατος Ῥωμαίων, im Neuen Testament der Evangelist Marcus und des Paulus Reisegefährte Titus; so lesen wir auf griechischen Inschriften[6] Γάϊος ὁ Μάρκου und Aehnliches mehr. Die auf uns gekommene Vulgärbezeichnung unseres Juristen hat daher höchst wahrscheinlich nicht in lateinischen, sondern in griechischen Kreisen sich gebildet; und dies legt die Vermuthung nahe, ob nicht dieser Jurist zunächst in der griechisch redenden Osthälfte des römischen Reiches thätig gewesen und erst von da aus in der Zeit, wo der Orient in Litteratur und Gesetzgebung für den Occident maßgebend ward, die gaianischen Schriften nach Italien und Frankreich gelangt sein sollten. Daß eine solche Annahme an sich nichts Befremdliches hat, wird kein Sachkundiger bestreiten. Der νόμων διδάσκαλοι ἐν ἐπαρχίᾳ διδάσκοντες im Gegensatz zu den in Rom thätigen Rechtslehrern gedenkt Modestinus[7]; daß der Unterricht im römischen Civilrecht, wo immer er stattfand, in lateinischer Sprache ertheilt ward, leidet keinen Zweifel; warum sollen diese Provinzialprofessoren nicht so gut wie die hauptstädtischen schriftstellerisch thätig gewesen sein? Es bedarf für diesen besonderen Fall gar nicht erst der Erwägung, daß die lateinische Litteratur im griechischen Osten namentlich in der späteren Kaiserzeit eine sehr bedeutende Rolle gespielt hat, nicht der Hinweisung auf den Bithyner Lactantius, den Antiochier Ammianus, den Alexandriner Claudianus; wie die grammatischen Institutionen, die für die Folgezeit maßgebend geworden sind, in Konstantinopel geschrieben worden sind, so können auch die des Civilrechts, nach denen wir heute noch lernen, recht wohl aus der lateinischen Diaspora des Orients hervorgegangen sein.

Diese Annahme, daß Gaius ein Provinzialjurist gewesen sei,

4) Plutarch Flam. 9. 12.
5) 1. Makk. 15, 16.
6) C. I. Gr. 2047.
7) l. 6 § 12 D. de excus. 27; 1. Vgl. Vat. fr. § 150.

wirft Licht auf seine Stellung in der juristischen Litteratur, deren Eigenthümlichkeit bisher wohl bemerkt, aber nicht erklärt worden ist. Aus den Thatsachen, daß von ihm trotz seiner sonst alle Seiten des Civilrechts umfassenden schriftstellerischen Thätigkeit keine Responsa vorliegen [9], daß er in der praktischen Litteratur nicht allegirt worden ist und seine Schriften erst lange nach seinem Tode durch das Citirgesetz nachträglich unter die iura eingereiht worden sind, hat man, seit Puchta dieselben scharfsinnig und überzeugend darlegte, den Schluß gezogen, daß Gaius nicht zu den patentirten Kaiserjuristen gehört hat, quibus permissum erat iura condere. Darum könnte er freilich immer noch in Rom gelebt und gewirkt haben; aber bei weitem einfacher stellt sich doch das Verhältniß, wenn er in einer Municipalstadt des Ostens lehrte und schrieb. Denn daß nur in Rom respondirt ward und die respondirenden Juristen durchgängig in der Hauptstadt ansässig waren, steht empirisch fest, ohne daß es hier nöthig wäre zu entwickeln, durch welche staatsrechtliche Nothwendigkeit das Respondiren auf Rom beschränkt war. War also Gaius Rechtslehrer in einer Municipalstadt des Ostens, so hat er eben darum das Recht zu respondiren nicht erwerben können, woraus das Weitere dann mit Nothwendigkeit folgt.

Gaius schriftstellerische Thätigkeit unterscheidet sich ferner von der aller übrigen uns bekannten Juristen durch eine bemerkenswerthe Berücksichtigung des Provinzialrechts, worauf bereits in meinem früheren Aufsatz hingewiesen worden ist [10]. Das julianische Edict war unzweifelhaft allgemeines Reichsrecht und galt für die Provinzen so gut wie für Italien; doch bestand der formelle und materielle Unterschied der bisherigen Edicte insofern fort, als formell in jedem District das Edict betrachtet ward als emanirt von dem dort

9) Daß auch der liber de casibus nicht Rechtsfälle zusammenstellte, also materiell den Responsen entsprach, sondern Ausnahmefälle von den Rechtsregeln, also eine Art Corollar zu dem liber regularum war, bemerkt richtig Rudorff R. R. G. 1, 177.

10) In diesem Jahrb. 2, 322; wo indeß das über Gaius Edictcommentar Gesagte nach der hienächst folgenden Darstellung mehrfach zu modificiren ist.

fungirenden höchsten Beamten[11] und auch materiell die bestehenden Rechtsungleichheiten von Julian keineswegs ausgeglichen waren[11a]. Während nun die übrigen nachjulianischen Rechtslehrer den Text, den sie commentiren, edictum schlechtweg nennen und als den edicirenden Magistrat den Prätor bezeichnen, ist Gaius der einzige, der das Edict zweimal — und zwar so weit wir sehen beide Male wesentlich die gleiche julianische Redaction — bearbeitet hat, theils als edictum praetoris urbani, theils als edictum provinciale. Von seinem Commentar ad edictum praetoris urbani, der in der Anlage mit den ähnlichen Werken des Ulpianus und Paulus wesentlich übereingekommen zu sein scheint, stand bereits der justinianischen Commission nur die zweite kleinere Hälfte und auch diese wahrscheinlich nicht vollständig zu Gebote[12]. Vollständig dagegen benutzten

11) Dies ist unzweifelhaft nach der Darstellung bei Gaius selbst 1, 6.

11a) Einer der wichtigsten Theile des Edicts, die Regeln für die unter Oberaufsicht des Statthalters stehende Verwaltung des Municipalvermögens und Schuldenwesens (Cicero ad Att. 6, 1, 15), ward im julianischen Edict wohl kaum berührt und war überhaupt nur localer Satzungen fähig. Auch sonst mochte Julians Edict allenfalls das ius gentium schließlich resumiren und insofern von dem Edict des Peregrinenprätors in Rom seitdem nicht mehr die Rede sein; aber die besonderen Provinzial- und Ortsrechte, zum Beispiel das der griechischen syngraphae, fanden sicher darin keinen Platz. Wegfallen konnten also die Provinzialedicte mit Julian keineswegs; aber eben Gaius Commentar zeigt, daß sie nicht bloß nicht aufhörten, sondern auch keineswegs auf materiell locales Recht sich beschränkten, vielmehr nach wie vor das gesammte römische Recht umfaßten — ganz wie zu Ciceros Zeiten (ad Att. l. c.).

12) Im Florentiner Index ist das Werk bezeichnet ad edictum urbicum *τὰ μόνα εὑρεθέντα βιβλία δέκα*. Im Einzelnen finden wir: l. I. II de testamentis ad edictum praetoris urbani (oder bloß praetoris oder ad edictum urbicum); l. I. II. III de legatis ad edictum praetoris urbani (wohin offenbar auch l. 5 D. de adim. leg. 34, 4. Gaius l. II ad edictum urbicum gehört); ad edictum urbicum titulo de operis novi nuntiatione; (libro) ad edictum praetoris urbani titulo de damno infecto; ad edictum praetoris urbani titulo de aquae pluviae arcendae; ad edictum praetoris urbani titulo de publicanis; ad edictum praetoris titulo de praediatoribus; libro und libro II (was nicht mit Rudorff R. R. G. 1, 273 corrigirt werden darf) ad edictum praetoris urbani titulo de liberali causa (wohin auch l. 6 D. de lib. causa 40, 12. Gaius ad edictum praetoris urbani gehört vgl. das. l. 2. 4. 9. 11.

sie seine 30 Bücher ad edictum provinciale, in denen als edicirender Magistrat zwar auch nicht selten der Prätor genannt wird, da ja materiell das gesammte Magistratsrecht wesentlich auf diesen zurückging, gewöhnlich aber an seiner Stelle der Proconsul. So lange man sich dieses Werk dachte als verfaßt von einem hauptstädtischen Juristen, konnte man darin nichts anderes erkennen, als eine Zusammenstellung des magistratischen Provinzialrechts überhaupt; was freilich stets große Schwierigkeit gemacht hat. Denn wenn in der nachjulianischen Zeit das Edict materiell als allgemeines Reichsrecht, formell in jedem Bezirk als Erlaß des betreffenden Oberbeamten betrachtet werden muß, so ist nicht abzusehen, wie das magistratische Provinzialrecht als einheitliches dem italischen hat gegenüber gestellt werden können. Jetzt fällt diese Schwierigkeit insofern weg, als Gaius, wenn er in einer Municipalstadt ansässig war, recht wohl das Edict des betreffenden Provinzialstatthalters ohne nähere Bezeichnung als edictum provinciale hat commentiren könnnen. Hiezu kommt ein Zweites. Hätte Gaius das Recht der Provinzen überhaupt zusammenstellen wollen, so müßte man erwarten, als edicirenden Magistrat entweder allgemein den praeses oder auch proconsul legatusve Caesaris zu finden. Da er aber im Gegentheil, wo er überhaupt den Provinzialmagistrat bezeichnet, ihn ohne Ausnahme proconsul nennt, so hat er höchst wahrscheinlich vielmehr das Edict einer einzelnen unter einem Proconsul stehenden

---

13. 25); libro ad edictum praetoris titulo de re iudicata; libro ad edictum praetoris urbani titulo qui neque sequantur neque ducantur. Die Titelangabe fehlt l. 139 D. de reg. iur. 50, 17, vermuthlich weil die beiden Sätze verschiedenen Titeln entlehnt sind. Offenbar fanden die Compilatoren die Buchzahl nicht angegeben und setzten daher entweder libro ... oder die Buchzahl der einzelnen Abschnitte oder ließen auch die Erwähnung des liber ganz weg und setzten bloß die Rubrik. Ebenso erhellt aber auch, daß die zehn Bücher, die sie vorfanden, der zweiten Hälfte des Werkes angehörten, nämlich den in der früher (Jahrb. 2. 321) gegebenen kurzen Uebersicht des Edicts mit 21 (wahrscheinlich unvollständig) 22. 23. 24. 28 bezeichneten Abschnitten, womit die ebendaselbst ausgesprochene Vermuthung, daß dieser Commentar zum städtischen Edict ein Supplement zu dem des Provinzialedicts gewesen sein möge, wegfällt.

Provinz commentirt [13]. — Die zwei Bücher ad edictum aedilium curulium möchten von ihrem Verfasser als Ergänzung des einen wie des anderen Edictcommentars betrachtet werden; die Compilatoren sahen sie als integrirenden Theil des Commentars zum Provinzialedict an [13a]. — Allerdings war von jenen beiden Commentaren der ausführlichere der zu dem städtischen Edict; in diesem war die Lehre von den Legaten in drei, die von dem Freiheitsproceß in zwei Büchern abgehandelt, während in dem Provinzialcommentar das Legat nur einen Theil des achtzehnten, der Freiheitsproceß das zwanzigste Buch einnimmt; aber nichtsdestoweniger bleibt die abgesonderte Bearbeitung des Magistratsrechts einer bestimmten Provinz eine für uns einzig dastehende und sehr merkwürdige Erscheinung. War aber Gaius unter allen uns bekannt gewordenen juristischen Schriftstellern der einzige provinziale Jurist, so haben wir auch dazu den Schlüssel. — Bei Gaius übrigen Schriften läßt sich nichts Aehnliches wahrnehmen und es kann dies auch nicht anders erwartet werden; denn weder das Civilrecht im engeren Sinne (libri ad Q. Mucium), noch die Bearbeitung der einzelnen Gesetze (ad legem XII tabularum l. VI, ad leges Iuliam et Papiam Poppaeam l. XV u. a. m.) noch die Monographien (de manumissionibus l. III, de verborum obligationibus l. III u. a. m.) noch die Elementarschriften (institutorum l. IV, rerum cottidianarum l. VII, regularum libri tres und liber, de casibus liber) boten

13) Belehrend ist in dieser Hinsicht die Vergleichung der Institutionen: hier wird der Statthalter in der Regel bezeichnet als praeses (1, 6. 29. 100. 105. 134. 198. 200. 2, 24. 278; vgl. l. 8 D. de cur. fur. 27, 10), auch wohl mit proconsul legatusve (1, 101. 102); den Proconsul allein finde ich nur 1, 20 genannt. — Auch aus l. 1 D. de alien. iud. mut. 4, 7 erhellt, daß Gaius bei seinem Commentar nicht die Provinzen, sondern eine Provinz im Sinne hatte.

13a) Die Auszüge in den Digesten ergeben ad edictum provinciale l. XXX und ad edictum aedilium curulium l. II, der florentiner Index statt beider ad edictum provinciale βιβλία λβ'. Ganz ebenso sind die Commentare von Ulpian und Paulus zum ädilicischen Edict im Index ihren Edictcommentaren zugezählt worden.

Veranlassung zu einer systematischen Unterscheidung des Provinzialrechts von dem italischen, wie dies bei dem Magistratsrecht der Fall war. Doch ist die in den Institutionen, vor allem im ersten Buch mit großer Sorgfalt durchgeführte Berücksichtigung der provinzialen Verhältnisse [14] bemerkenswerth, obwohl sie allein genommen natürlich für die Abfassung des Buches außerhalb Italien keinen Beweis abgeben würde. Wohl aber dürfte eine Spur davon gefunden werden in der Art, wie im Abschnitt von den Rechtsquellen die Edicte der Prätoren und Aedilen gleichsam nur insofern erwähnt werden, als sie die Grundlage des Provinzialrechts ausmachen: Ius edicendi habent magistratus populi Romani. sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores] habent; nam in provincias Caesaris omnino quaestores non mittuntur et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur.

Gaius litterarische Eigenthümlichkeit, soweit sie sich aus den Ueberresten erkennen läßt, ist ebenfalls wohl geeignet die Annahme zu unterstützen, daß er in griechischen Provinzen gelebt und geschrieben hat. Bemerkenswerth ist bei ihm eine Richtung auf die älteren Quellen des Rechts, die zu einer dem hauptstädtischen Rechtsbetrieb und dem täglichen Rescripten- und Gutachtenregen entrückten Professorenexistenz recht wohl paßt. Er hörte in Rom bei den Sabinianern, etwa bei Javolenus oder Julianus; aber seine Darstellung des Civilrechts schloß sich nicht an das Compendium des Sabinus an, sondern an die libri XVIII iuris civilis des alten Q. Mucius Scaevola, qui ius civile primus constituit. Auch führt er keinen der gleichzeitigen Juristen, überhaupt keinen jüngeren als Julian an [14a]. Gaius ist ferner unseres Wissens der einzige nachau-

14) Vgl. besonders 1, 6. 20. 98—102. 134. 183. 197. 2, 6. 21. 24. 27. 31. 46. 63. 278. 3, 121. 122.

14a) Wie man in den Worten 2, 218: Iuliano ex Sexto placuit — ein Citat des Pomponius hat finden können, ist schwer einzusehen. Ich stimme

gusteische Jurist, der die zwölf Tafeln commentirt hat, wobei er eine Darstellung der Rechtsentwickelung von Entstehung der Stadt an als Einleitung voraufschickte [15]. Andrerseits ist es ihm aber auch widerfahren neue Verordnungen zu übersehen, die er nothwendig hätte berücksichtigen müssen; so in den Institutionen das schon unter Hadrian erlassene Tertullianische Senatusconsult [15a]; was freilich auf jeden Fall befremdet, aber doch bei einem in einer Provinzialstadt lebenden Juristen einigermaßen begreiflich ist, während einem hauptstädtischen Rechtslehrer ein solches Versehen unmöglich begegnen konnte. Wie geläufig unserm Juristen das Griechische war, beweisen freilich nicht seine Citate des Homer [16] und der Anabasis des Xenophon [17], aber wohl die treffende Herbeiziehung einzelner Wörter der griechischen Umgangssprache zur Erklärung verwandter lateinischer Ausdrücke [18]. Weit merkwürdiger noch ist die Berücksichtigung des nichtrömi-

Böcking insofern bei, als er hier das sechste Buch von Julians Digesten versteht, welches eben den fraglichen Gegenstand behandelte, möchte aber nicht libro sexto ändern, sondern halte ex sexto für eine alte gelehrte Glosse. Das Citat Iulianus libro sexto würde gegen den Charakter des Elementarwerkes sein. Gaius citirt darin überhaupt selten und stets die bloßen Namen.

15) l. 1 D. de orig. iur. 1, 2: Facturus legum vetustarum interpretationem necessario populi Romani ius ab urbis initiis repetendum existimavi. Denn so — P. R. IVS — ist statt des sinnlosen prius zu schreiben.

15a) Ueber die Epoche dieses Senatsbeschlusses hat am besten Schrader zu § 2 I. de Scto Tertull. 3, 3 gehandelt. Die Institutionen a. a. O. setzen ihn unter Hadrian, Zonaras (11, 1 p. 525 Pinder) unter Pius; da Julian, Pomponius, Africanus ihn bereits kennen, ist die erste Annahme wahrscheinlicher. Das Jahr ist unbestimmt und keine Ursache unter den verschiedenen Consuln des Namens Tertullus gerade den eponymen von 158 zu wählen. Auf keinen Fall wird man annehmen können, daß um 161, als Gaius in seinem dritten Buche § 23 fg. die Bestimmungen des älteren Rechts zusammenstellte, ohne auf das tertullianische Senatusconsult Rücksicht zu nehmen, dieses noch nicht erlassen war.

16) Inst. 3, 141; l. 236 pr. D. de v. s. 50, 16.

17) l. 233 § 2 D. de v. s. 50, 16.

18) l. 30 D. de v. s. 50, 16: novalis est terra praecisa quae anno cessavit, quam Graeci νέασιν (so Flor. m. 1 und Basil. 2, 2, 28) vocant. l. 25 D. loc. 19, 2: vis maior, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant. Ebenso über ἀκρόδρυα l. 236 § 1 D. de v. s. 50, 16., über τόξευμα l. 233 § 2 eod.

schen Rechts, die so wie bei Gaius nirgends wieder begegnet: er vergleicht mit den zwölf Tafeln die solonischen Gesetze, aus denen er mehrere längere Stellen beibringt[19], und erwähnt in seinen Institutionen nicht bloß im Allgemeinen das abweichende Recht der Peregrinen[20], sondern auch im Besondern das der Galater[21] und der Bithyner[22]. In diesen Erwähnungen zeigt sich nicht bloß der freiere, mehr griechische Standpunct unseres Verfassers, sondern es deutet auch die auffallende Vertrautheit mit dem Localrecht der Provinzen Bithynien und Galatien speciell auf die Heimath wo nicht des Verfassers, doch des Werkes. Eine weitere Andeutung hiefür gewährt das Fragment aus Gaius Commentar zu den julisch-papischen Gesetzen: iuris Italici sunt *Τρωὰς*, *Βήρυτος*, *Δυῤῥάχιον*[23], wo auch wohl nicht zufällig nur Städte der griechischen Reichshälfte genannt sind und an ihrer Spitze eine Stadt der Provinz Asia. Diese Spuren leiten also nach Kleinasien. Eine nähere Bestimmung läßt sich daraus entnehmen, daß Gaius, wenn das von ihm commentirte edictum provinciale richtig als das seiner Provinz betrachtet worden ist, in einer Proconsularprovinz gelebt haben muß; denn dies war in Kleinasien zu der Zeit von Pius und Marc Aurel, außer der zu weit abliegenden lykisch-pamphylischen, lediglich die Provinz Asia. So ging denn, sei es nun Wahl oder Zufall, seine Bearbeitung des Provinzialrechts wahrscheinlich auf denselben

---

19) l. 13 D. fin. reg. 10, 1; l. 4 D. de coll. et corp. 47, 22. Vgl. Ulpian l. 23 pr. ad l. Iul. de adult. 48, 5.

20) 3, 96: apud peregrinos quid iuris sit, singularum civitatium jura requirentes aliud in [alia] lege [reperiemus]. 3, 134: praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis — — quod genus obligationis proprium peregrinorum est.

21) 1, 55: nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestatem parentum liberos esse.

22) 1, 193: apud peregrinos non similiter ut apud nos in tutela sunt feminae, sed tamen plerumque quasi in tutela sunt; ut ecce lex Bithynorum si quid mulier contrahat maritum auctorem esse iubet aut filium eius puberem.

23) l. 7 D. de cens. 50, 15.

Juristen zurück, den er seiner Darstellung des Civilrechts zu Grunde gelegt hatte; denn es ist guter Grund vorhanden anzunehmen, daß das von Q. Mucius Scaevola als Statthalter von Asien erlassene Edict für die Folgezeit in dieser Provinz maßgebend blieb[23a]. — Obwohl über die Stadt, der Gaius angehört hat, natürlich Gewisses sich nicht ermitteln läßt, vereinigen sich doch alle Fäden auf Troas. Diese Stadt, eine der namhaftesten der Proconsularprovinz Asia, war seit Augustus römische Colonie mit italischem Bodenrecht; obwohl im griechischen Theile des Reiches belegen, war ihre officielle Sprache doch, wie ihre Münzen und ihre Municipalinschriften beweisen, die lateinische[24]. Wer also dieser Bürgerschaft angehörte, durfte mit vollem Recht als Römer und römischer Bürger den Griechen und den Peregrinen sich entgegenstellen. Daß Gaius die Colonie Troas an erster Stelle unter den privilegirten Städten nennt, haben wir gesehen; er mag, eben wie Ulpian in dem gleichartigen Verzeichniß, seine Heimath vorangestellt haben. — So endlich ist es begreiflich, wie die constantinopolitanischen Juristen dazu gekommen sind auf diesen in ihrer unmittelbaren Nähe thätigen Localjuristen neben denen des Reiches eine so auffallende Rücksicht zu nehmen und bei dem Rechtsunterricht wesentlich seine Schriften und ganz besonders seine Darstellung des Provinzialrechts zu Grunde zu legen. Justinians Verordnung Omnem reipublicae ergiebt, daß bis dahin wenigstens auf der Rechtsschule zu Constantinopel Gaius Institutionen und sein Commentar zum Provinzialedict nebst Papi-

23a) Der Senat gab den Nachfolgern Scaevolas die Instruction sich durchaus nach dessen Verfahren zu richten (Val. Max. 8, 15, 6). Auch das seitdem in Asien gefeierte mucische Fest mag damit in Verbindung gebracht werden (vgl. überhaupt Drumann R. G. 6, 53). Es ist auch an sich schon wahrscheinlich, daß der Mann, dessen Schrift de iure civili für die Civiljurisprudenz maßgebend ward, gleichfalls im Provinzialrecht mit seinem Edict Epoche gemacht haben wird; Cicero richtete sein kilikisches wesentlich danach ein (ad Att. 6, 1, 15).

24) Eckhel 2, 481; Franz in den annali dell' Inst. 1842 p. 152; C. I. Gr. zu n. 3577 u. a. m.



nians und Paulus Responsen die stehenden Lehrbücher waren [25]. Wenn Gaius Lehrer des Rechts in Troas war und seine zunächst für den dortigen Localunterricht bestimmten Schriften in diesem

25) Die ziemlich verwirrte Schilderung des vorjustinianischen Rechtscursus in dieser Verordnung § 1 hat das richtige Verständniß gehindert. Im ersten Jahre wurden sechs Bücher gelesen, Gaius Institutionen, wahrscheinlich jedoch nur die beiden ersten Bücher, und vier libri singulares de re uxoria, de tutelis, de testamentis, de legatis. Diese letzteren können nicht Monographien gewesen sein, sondern nur „ausgewählte Bücher" eines größeren Werkes, eben was Justinian später unter seinen libri singulares versteht, und zwar Bücher eines Edictcommentars, da Justinian klagt, es sei dies Werk non secundum edicti perpetui ordinationem, sed passim et quasi per saturam collectum vorgetragen worden. Daß das zweite Jahr hauptsächlich dem Studium eben dieses Edictcommentars gewidmet war, beweist schon der den Studenten dieses Jahres beigelegte Name edictales; man las zuerst die prima pars, dann „tituli alii tradebantur tam ex illa parte legum, quae de iudiciis nuncupatur, et ipsis ... raram utilium recitationem praebentibus, ... quam ex illa quae de rebus appellatur septem libris, semotis et in his multis partibus legentibus inviis (so ist zu interpungiren). Diese Abschnitte de iudiciis und de rebus wurden im dritten Jahre beendigt, bevor dessen Hauptarbeit, Papinians Responsa, vorgenommen wurden. Die Reihenfolge wechselte, so daß Cursus um Cursus bald die pars de iudiciis, bald die pars de rebus zuerst daran kam. Die sieben Bücher scheinen die Gesammtzahl der im zweiten Jahre durchgenommenen, mit Einschluß derjenigen Edictbücher, die erst im dritten Jahre an die Reihe kamen; wofür besonders die folgende Erwägung spricht. Justinian sagt, daß von der ganzen eigentlich zu studirenden Litteratur, 2000 Büchern zu 3 Millionen Zeilen, nur kaum 60000 Zeilen wirklich studirt worden seien, also kaum 40 Bücher; wenn im ersten Jahre sechs Bücher Gaius und libri singulares, im zweiten sieben Bücher Edict, im dritten acht Bücher Papinian, im vierten achtzehn Bücher Paulus (§ 5) studirt wurden, so erhält man im Ganzen 39, was eben die von Justinian gemeinte Zahl zu sein scheint. Welchem Werke aber gehörten die elf Bücher Edictcommentar an, die in Verbindung mit Papinians Responsen in dem vorjustinianischen Cursus wesentlich die Stelle einnahmen, welche Justinian seinen Pandekten gab? Unzweifelhaft ist ein Werk des Gaius gemeint, da, wie man längst richtig bemerkt hat, in den Worten „Gai nostri institutiones et libri singulares quattuor" Gaius als Verfasser nicht bloß jener, sondern auch dieser bezeichnet wird; und damit ist auch über das Folgende entschieden. Gaius Commentar zum städtischen Edict aber kann nicht gemeint sein, denn von diesem kannten, wie gesagt, schon die Mitglieder der justinianischen Gesetzcommission nur ein Bruchstück, in dem namentlich der Abschnitt de tutelis mangelt. Es folgt also daraus, daß

Kreise sich behaupteten, wie dies glaublich genug ist[26], so lag es sehr nahe, als auf der Reichsuniversität zu Constantinopel im J. 425 zwei Lehrstühle für das Civilrecht eingerichtet wurden[27], auch hier an den in der Gegend beliebten Lehrbüchern festzuhalten. Darum wurden die Schriften des Gaius jetzt in das Reichsrecht aufgenommen, was sodann im folgenden Jahre in der großen civilrechtlichen Novelle, wovon das sogenannte Citirgesetz einen Theil bildet, auch für das occidentalische Reich dahin ausgesprochen ward: ut Gaium, quae Paullum Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius opere recitentur. Von nun an ward Gaius also auch im Occident gebraucht, wie die Existenz der wahrscheinlich in Italien geschriebenen[27a] Veroneser Institutionenhandschrift und die westgothische und burgundische Codification beweisen; aber es hat doch seinen guten Grund, daß die constantinopolitanische Commission in den unter Justinians Namen erlassenen Verordnungen[27aa] ihn mehrfach mit Nachdruck Gaius noster nennt.

---

in dem constantinopolitanischen Rechtsunterricht vor Justinian Gaius Commentar zum Edict der Provinz Asia die Stelle der Pandekten einnahm. Die vier libri singulares sind das 11. (de re uxoria; nicht zu verwechseln mit der im Florentiner Index erwähnten Monographie dotalicion βιβλίον ἕν), 12. (de tutelis), 17. (de testamentis) und 18. (de legatis); die sieben anderen Bücher sind in der pars prima (B. 1—5), der pars de iudiciis (B. 6. 7. 8) und der pars de rebus (B. 9. 10) zu suchen. — Wenn übrigens in dem Citirgesetz Papinian, Paullus und Gaius vor Ulpian und Modestin genannt werden, so liegt die Veranlassung dazu wohl ebenfalls darin, daß nur über jene drei Juristen gelesen ward.

26) Insofern ist mit den hier aufgestellten Sätzen es durchaus nicht unvereinbar, daß Ulpian bei Abfassung seines regularum liber Gaius Institutionen vor Augen gehabt (s. meine Abhandlung in Böckings Ulpian S. 110). Auch er stammte aus dem griechischen Osten und es mochte da, wo er den ersten Rechtsunterricht empfing, Gaius Elementarbuch gangbar sein. Citirt durfte es freilich in der officiellen Litteratur nicht werden.

27) l. 3 C. Th. de stud. lib. urb. Const. 14, 9 = l. un. C. Iust. eod. 11, 18. l. un. C. Th. de prof. qui in urbe Const. 6, 21.

27a) Ich schließe dies weniger aus dem Auffindungsort als aus den fehlenden griechischen Stellen 3, 93. 141.

27aa) Inst. prooem. § 6 und § 5 I de Publ. iud. 4, 18. Verordnung omnem reip. § 1.

Ich schließe mit einer Recapitulirung der bekannten, aber nicht immer im Zusammenhang gewürdigten Zeugnisse über Gaius Zeitalter. Er muß bei Hadrians Tode (138) schon wenigstens dem ersten Knabenalter entwachsen gewesen sein, da er einen Vorfall unter dessen Regierung als ein Ereigniß seiner Zeit erwähnt [28]. Daß er unter ihm in Rom studirt hat, ist wahrscheinlich, daß er bereits vor seinem Tode Lehrer und Schriftsteller war, wenigstens möglich. Seine hauptsächliche schriftstellerische Thätigkeit fällt unzweifelhaft unter Pius (138—161.) Unter diesem sind seine Edictcommentare geschrieben [29] so wie seine Darstellung des Civilrechts nach Scaevola [30], also seine ausgedehntesten und wichtigsten Werke. Von den Institutionen ist das erste Buch kurz vor, die drei anderen bald nach Pius Tode (161) abgefaßt, so daß dieselben ziemlich gegen das Ende seiner schriftstellerischen Laufbahn fallen. Ungefähr gleichzeitig mit den drei letzten müssen die 15 Bücher ad leges Iuliam et Papiam Poppaeam entstanden sein [31], auf die wahrscheinlich im dritten Buch der Institutionen verwiesen wird [32], und die zwei Bücher fideicommissorum [33]. Da von den so tief eingreifenden Refor-

---

28) l. 1 pr. D. de reb. dub. 34, 5.

29) Jahrb. 2, 322 A. 5. Man kann jetzt allerdings die Frage aufwerfen, ob die in den Institutionen 1, 188 citirte, also vor Pius Tode verfaßte edicti interpretatio nicht etwa bloß auf den Commentar ad edictum praetoris urbani geht, wo der „imperator noster“ l. 73 § 1 D. de leg. I allerdings kein andrer sein kann als Pius. Die Möglichkeit muß zugegeben werden, daß die Bücher ad edictum provinciale jünger und der in l. 11 pr. D. de jurisd. 2, 1; l. 42 D. de don. vir. int. et ux. 24, 1 genannte imp. oder princeps Antoninus der Kaiser Marc Aurel sei. Allein es bleibt immer wahrscheinlicher, zumal da Verus nirgends von Gaius genannt wird, daß die edicti interpretatio die beiden Edictcommentare umfaßt und der Antoninus der zuletzt angeführten Stellen vielmehr Pius ist.

30) Gai. 1, 188.

31) In einer Stelle des 14. Buchs (l. 56 D. de leg. II) wird eine Verordnung des divus Antoninus, natürlich des Pius erwähnt.

32) 3, 33. 54. Böcking (Vorr. zur vierten Ausg. p. X) bezieht die erste Stelle auf den Commentar ad edictum praetoris und sicher ist die Auslegung der lückenhaften Stelle keineswegs; doch scheint eine Monographie gemeint.

33) Sowohl im ersten Buch (l. 90 D. de cond. et dem. 35, 1) als im

men Marc Aurels nirgends in diesen Schriften Erwähnung geschieht, so hat man guten Grund alle diese Arbeiten in die ersten Jahre Marc Aurels zu versetzen. Gaius Commentar zu dem tertullianischen und orfitianischen Senatusconsult, welches letztere ins J. 178 fällt, sind die letzten Ergebnisse seiner litterarischen Thätigkeit und allem Anschein nach Spätlingswerke[34]. Wer den Gaius bis in Caracallas Zeiten hinab schriftstellern läßt, hat die über denselben vorliegenden Zeitangaben nicht im Zusammenhang erwogen.

---

zweiten (l. 96 D. de leg. III; l. 63 § 5 D. ad Sc. Trebell. 136,) werden Rescripte des divus Antoninus angeführt.

34) Diese Schriften — Gai liber singularis ad senatus consultum Tertullianum und Gai liber singularis ad senatus consultum Orfitianum — sind im Florentiner Index nicht verzeichnet, finden sich aber genannt in den Ueberschriften von l. 8. 9. D. h. t. 38, 17. Böcking (Vorr. zur vierten Ausg. des Gaius p. VIII) zweifelt an der Richtigkeit der Inscription und möchte, da die voraufgehenden l. 5. 6. 7. aus den gleichartigen sicher beglaubigten libri singulares des Paulus sind, auch diese dem Paulus geben. Doch bestätigen die Basiliken die Inscription und scheint auch bei der sacratissimi principis nostri oratio in l. 9 cit. nur an den das orfitianische Senatusconsult veranlassenden Vortrag Marc Aurels (Ulp. 26, 7) gedacht werden zu können; in welchem Falle die Stelle von Paulus nicht herrühren kann. Man wird also bei der Ueberlieferung stehen bleiben müssen. Möglich, daß Gaius bei Erlassung des orfitianischen Senatusconsults auf das oben S. 9 gerügte Uebersehen aufmerksam ward und darum diese Schriften nachträglich bekannt machte zu einer Zeit, wo er sonst längst aufgehört hatte zu schriftstellern.

II.

Possessionis traditio.

Von Alois Brinz.

§. 1.

Allenthalben scheint angenommen zu werden, daß die Erfordernisse des Besitzerwerbes dieselben seien, gleichviel ob er einseitig, oder aus Anlaß einer Tradition platzgreife. Manche sprechen dies ausdrücklich aus: „Die Erfordernisse des Besitzerwerbes," sagt Puchta Pand. § 130, „verändern sich nicht, er mag unter Mitwirkung eines bisherigen Besitzers, Tradition, geschehen, oder durch die bloße Thätigkeit des Erwerbers, Occupation, —"; Andere stillschweigend, indem sie den Unterschied zwischen einseitigem und zweiseitigem Besitzerwerb nirgends als einen wesentlichen hinstellen [1]. Man macht wohl zwischen diesem und jenem einen Unterschied; allein nur um auszuführen, daß hier „die Gesetze weniger ein förmliches Eingreifen, und eine auffallende sinnliche Handlung von Seite des Erwerbers fordern," als dort [2]; und um zugleich bemerklich zu machen, daß dieser Unterschied kein wesentlicher sei [3]. Auch Puchta setzt

1) z. B. Savigny, Recht d. Besitzes §§ 13—28, bes. § 13 § 20; Mühlenbruch, Lehrb. d. Pand. 3. Aufl. II. § 234—236; Arndts Lehrb. d. Pand. 2. Aufl. § 139 § 140; Marezoll, Lehrb. d. Instit. 6. Aufl. § 88; v. Scheurl, Lehrb. d. Instit. 3. Aufl. §. 79.

2) Wening-Ingenheim, 5. Aufl. besorgt d. A. Fritz § 108 S. 261. vgl. Valett, ausf. Lehrb. des pract. Pand. Rs. I. § 206.

3) Arndts a. a. O. „Sie (die Apprehension) . . . ist vollendet, wenn der Erwerber nur die gegenwärtige Möglichkeit vollständiger Einwirkung auf die

in seinen Vorlesungen (4. Aufl. S. 281) Unterschiede des ein- und zweiseitigen Erwerbes auseinander; er nun zwar auch in dem „animus" des Erwerbes [4]; nach seinen „Pandekten" (a. a. O.) zu schließen kann er aber hiemit keinen wesentlichen Unterschied angeben wollen; ob er in der That keinen wesentlichen Unterschied angegeben hat, muß erst noch gefragt werden.

Mit der Behauptung, daß ein- und zweiseitiger Besitzerwerb Eins sei, fällt die weitere zusammen, daß die Besitzestradition „keine Succession in den Besitz enthalte", daß es „keinen derivativen Besitzerwerb gebe" [5]. Die Tradition, erklärt Savigny, sei diesmal nur Vermittlung einer Neubegründung, nicht die Bewirkung einer Succession des Besitzes [6]; und weil man einwenden möchte, warum denn doch von „Tradition" die Rede sei, so wird dieses Wort, vielmehr die dadurch ausgedrückte Succession und Derivation, „auf das Rechtliche, das sich mit dem Besitze verknüpft" (Puchta, Vorl. a. a. O.), „auf das von dem Besitze etwa begleitete Recht" (Böcking, a. a. O.) eingeschränkt [7].

Soweit die Behauptungen. Zu deren Begründung führt man, was

erstens den einen Ausspruch anlangt: daß zwischen einseitigem und zweiseitigem Besitzerwerb kein Unterschied sei — nichts an. Vermuthlich deswegen nichts, weil er sich von selbst versteht, wenn

---

Sache erlangt hat, sei es mit dem Willen des bisherigen Besitzers, d. i. durch Tradition, insbesondere sog. longa manu traditio, sei es durch die bloße Thätigkeit des Erwerbens (Occupation) ohne Willen des bisherigen Besitzers oder rücksichtlich einer besitzlosen Sache."

4) „— Von Seiten des Erwerbers ist alles erforderlich, was zum Erwerbe gehört. Dazu kommt dann noch der Wille, den Besitz als einen von von jenem verstatteten zu betrachten." (Vgl. desselben „Besitz" in Weiske's Rechtslexikon Bd. II S. 55.)

5) Puchta, Pand. a. a. O. Vorl. a. a. O. Böcking, Pand. d. röm. Privatr. I § 124 § m. Seuffert, pract. Pand. R. § 108 Anm. 5.

6) a. a. O. S. 27. S. 419 Anm. 3.

7) Aehnlich auch Sintenis, Zeitschr. f. Civilr. Bd. VII S. 265 fg.

man einmal annimmt und zugibt, daß bei dem Erwerb des Besitzes aus Tradition keine Succession, überall originärer Besitzerwerb sei. Dieser letztere Satz ist aber chronologisch älter als der erste. Savigny bemerkt, daß er ihn bereits bei Duarenus vorgefunden habe, und bezieht auf ihn schon eine Controverse des Bulgarus und Martinus (a. a. O. § 5 S. 27 Anm. 1.); jedenfalls hat er selbst ihn bereits in der 2. Auflage seines Besitzrechtes aufgestellt (vgl. a. a. O. S. 143 Anm. 2.). Von Puchta ward er dann nicht nur angenommen, sondern dahin ausgeführt, daß zwischen Erwerb des Besitzes aus und ohne Tradition kein Unterschied sei.

Was aber

zweitens jenen früheren Satz anlangt, daß die Besitzestradition keine Succession enthalte, so führt ihn Savigny selbst auf den Begriff des Besitzes zurück. „Da nämlich der Besitz ursprünglich ein Factum" sei, so sei „nach diesem ursprünglichen Begriff des Besitzes eine eigentliche Uebertragung desselben nicht möglich, d. h. kein Besitzer als solcher als Successor des vorigen zu betrachten, sondern er erwirbt einen ganz neuen Besitz für sich unabhängig von dem vorigen" (S. 26. 27). Dieser Grund ist abermals von Puchta adoptirt worden: „— in das Factum kann man nicht juristisch, sondern nur factisch succediren" (Vorl. S. 281), „nicht der Besitz des Tradenten ist es, den der Empfänger erwirbt, sondern ein neuer, der als Besitz von jenem ganz unabhängig ist" (Weiske's Rechtsl. Bd. II S. 55). Der hier auftauchende Unterschied zwischen juristischer und factischer Succession weist gleichfalls auf Savigny (S. 143. S. 419. Anm. 2) zurück. Beweise aus den Quellen, es sei nun in allgemeineren Aussprüchen, oder in besonderen Anwendungen finden wir bei Savigny nicht: es wäre denn, daß ein solcher stillschweigend geführt werden sollte, etwa durch den Satz: „daß durch die Tradition, die ein Rasender oder ein Pupille vornimmt, kein Eigenthum erworben werde, wohl aber Besitz" (S. 380 vgl. S. 418. Anm. 2). Auch Puchta und Seuffert liefern uns keine weiteren Argumente; wohl aber Böcking (§ 128 S. 461. Anm. 29); er verweist auf die accessio possessionis, als auf ein

Institut, das nicht nothwendig gewesen sein würde, wenn der Besitzerwerb aus Tradition derivativ wäre.

§. 2.

Wir unserseits haben schon anderwärts die Richtigkeit dieser Lehre in Frage gestellt [8], und möchten derselben nun weiter nachgehen; in dem guten Glauben, daß unser Zweifel weder allzu verwegen, noch gar zu belanglos sei. Schon daß die Römer von einer traditio possessionis so gut wie von rei oder dominii traditio reden, muß Bedenken erregen. Sollte dann aber eine Succession in den Besitz überhaupt möglich sein, so wird das für die Vorstellung von seinem Wesen nicht unmaßgeblich bleiben. Nebenher würde die gewöhnliche Bestimmung des s. g. abgeleiteten Besitzes, wonach gerade er durch etwas von einer Succession ausgezeichnet sein soll, als ungenügend erscheinen. Aber auch practisch würde vielleicht manches anders ausfallen. Namentlich der Beweis des Besitzes. Sollte der überhaupt nicht wie man gemeinhin annimmt, aus den s. g. Besitzhandlungen, sondern gleich dem Rechte aus dem Erwerb zu führen sein, so würde der aus drivativen Erwerb doch wohl anders articulirt werden müssen, als der aus einseitigem Erwerb. — Weil man nun aber über den Begriff der Succession selbst nicht ganz einig zu sein scheint, wenden wir uns zunächst der unverfänglicheren Frage zu,

> ob denn zwischen dem Besitzerwerb mit Tradition und ohne Tradition in der That kein wesentlicher Unterschied sei?

Es muß zugegeben werden, daß in Anbetracht der äußeren oder körperlichen Seite der Besitzerwerbs-Handlung kein wesentlicher Unterschied ist, es mag mit oder ohne Tradition erworben werden. Denn denkt man sich Fälle, wo der Tradent dem Empfänger buchstäblich „übergibt", so wird hier der Empfänger zwar durch den bisherigen Besitzer in das zum Besitzerwerb nöthige körperliche Verhältniß zur Sache gesetzt, während dasselbe beim Erwerb ohne Tra-

8) s. mein Lehrb. d. Pand. Abth. I S. 60.

dition nirgends der Fall ist; allein dieses körperliche Verhältniß selbst ist darum kein anderes, als wenn er die Sache eigenmächtig oder diebstahlsweise ergriffe; oder wenn ihm der Wind oder ein Dritter hängende Aepfel in den Korb schüttelte; das Uebergeben stellt sich nur als einer von den mannigfaltigen Umständen dar, unter denen Jemand die Sache an sich nimmt. Denkt man aber Fälle, wo sich das Uebergeben zu einer Einführung oder Einweisung in den Besitz gestaltet, oder zu einer bloßen Vorzeigung des vor Augen liegenden Besitzthums (longa manu traditio), so wird hier das Körperliche der Besitzergreifung leichter, unkörperlicher, als wenn sie durch Verdrängung des bisherigen Besitzers oder seiner Leute vermittelt werden wollte; allein eine ähnliche Erleichterung greift je nach den Umständen auch bei einseitiger Besitzergreifung statt wie z. B. wenn die Sache derelinquirt, oder lange verlassen ist. Ueberall ist die Tradition, was die körperliche Seite des Besitzerwerbes anlangt, nur eine Vermittlung und Erleichterung, die zwar hier vorzüglich, aber nicht allein vorkommt.

Was das Innere der Besitzerwerbs-Handlung anlangt, so scheint auf den ersten Blick gleichfalls kein Unterschied zu sein. Et adipiscimur possessionem corpore et animo, sagt Paulus (l. 3 § 1. D. h. t.) ganz allgemein, ohne zwischen ein- und zweiseitigem Erwerb zu unterscheiden. Dieser animus ist aber überall ein animus possidendi, rem sibi habendi, animus domini, überall ein und derselbe; mehr als dieses, — scheint man zu denken — wird nirgends erfordert, so daß die Besitzes-Tradition auch in Ansehung des animus nichts besonderes hat. — Indessen dürfte doch bereits Puchta nicht ganz mit seinen Pandekten im Einklang sein, wenn er in den Vorlesungen[9] sagt, daß bei der Tradition auf Seite des Erwerbers alles erforderlich sei, was zum einseitigen Erwerbe gehört; daß aber dazu dann noch der Wille, den Besitz als einen von jenem verstatteten zu erwerben, komme. Es fragt sich aber, ob wir nicht weiter gehen und behaupten müssen, daß der

9) S. 281.

Wille des Besitzerwerbers aus einer possessionis traditio, von seinem besonderen Inhalt abgesehen, mit dem des Tradenten übereinstimmen muß, und zwar in allen denjenigen Punkten, in welchen der Wille der Parteien bei zweiseitigen Geschäften überhaupt übereinstimmen muß; daß also zum Besitzerwerb zweiseitiger animus, des Tradenten, wie des Erwerbers, gehört; daß ohne diesen zweiseitigen in den wesentlichsten Punkten übereinstimmenden animus nicht nur von keiner Tradition des Besitzes, sondern überhaupt von keinem Besitzerwerb die Rede sein kann, mag nun im Uebrigen Apprehension und animus rem sibi habendi zutreffen oder nicht. Wäre das der Fall, würde mithin der Besitzerwerb aus Tradition fehlschlagen können, obwohl die zum einseitigen Besitzerwerb nöthigen Erfordernisse da wären: dann würde zwischen dem Besitzerwerb *mit* Tradition und ohne Tradition doch wohl ein wesentlicher Unterschied sein. Daß dies nun wirklich der Fall sei, scheint uns in l. 34 pr. D. h. t. enthalten. Diese lautet in ihrem ersten Absatze folgendermaßen:

> Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum, et in Cornelianum iero, non acquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus —

Ohne Zweifel handelt es sich hier um Besitzerwerb aus Tradition [10]. Aber der den Besitz erwerben soll, befindet sich möglicherweise in einem zweifachen Irrthum. Jedenfalls in dem, daß er in den Besitz des fundus S eingewiesen zu sein glaubt, während er in den des fundus C eingewiesen wurde; möglicherweise noch in dem, daß er den fundus C, in welchen er wirklich einzieht, für den fundus S hält. Infolge des ersteren, gewissen Irrthums fehlt es

---

10) vgl. den nächstfolgenden § der Stelle: Sed si non mihi, sed procuratori meo possessionem t r a d a s etc.; zu der an sich unzweifelhaften Synonymität von immittere in vacuam possessionem und tradere possessionem vgl. l. 33 eod. und l. 2 C. h. t. (7, 32).

den Parteien am Consense, und wofern ihr Dissens nur die Landgüter selbst, nicht etwa blos deren Namen betrifft, am Erfolg der Tradition; es wird überhaupt kein Besitz erworben.

Daß hier überhaupt kein Besitz erworben wird, steht auch nach dem weiteren Verlauf der Stelle[11] fest. Denn diese beschäftigt sich fortan blos mehr mit der Frage, ob nun der Tradent gleichwohl den Besitz verloren habe — welche Frage nur unter der Voraussetzung möglich ist, daß auf der anderen Seite überhaupt kein Besitz erworben wird. Dagegen mag man darüber zweifeln, was denn der letzte Grund für den Nichteintritt des Besitzerwerbes sei. Zwar nach dem deutlichen Ausspruch unseres ersten Absatzes ist es der Mangel an Consens in corpore; nach einem späteren Ausdruck der Stelle dagegen möchte man auf den Gedanken kommen, daß es blos der error in corpore sei — sed non puto errantem acquirere —; und daraus dann folgende Schlüsse ziehen. Der vorliegende Irrthum, möchte man sagen, ist von der Art, daß er jeden Besitzerwerb, nicht blos den aus Tradition, ausschließt; er schließt den animus rem sibi habendi, nämlich den animus diese Sache für sich haben zu wollen aus; dies ist der Grund warum es hier zu keinem Besitzerwerbe kommt, nicht der Mangel am Consens; würde der Erwerber dieses Grundstück wollen, so wäre gleichgiltig, ob er sich mit dem Tradenten in Uebereinstimmung befände oder nicht; um deswillen, weil tradirt werden soll und will, braucht der animus kein anderer zu sein als sonsthin. — Der Gegensatz dieser zweierlei Auslegungen und Begründungen würde sich besonders faßlich an dem einfacheren Falle darstellen, wo der in den fundus C Eingewiesene, meinend, daß es dem fundus S gelte, wirklich in dem fundus S aufzieht. Entfällt der Besitzerwerb mangels Consenses, so

11) Quoniam autem in corpore (non) consenserimus, an a te tamen recedet possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest. Et si animo acquiri possessio potest, nunquid etiam adquisita est? Sed non puto errantem acquirere; ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione.



erwirbt der Eingewiesene den Besitz des fundus S nicht, so gewiß er auch den animus hat, gerade diesen fundus besitzen, für sich haben zu wollen. Entfällt er dagegen blos wegen error in corpore, so wird hier Besitz erworben, so gewiß es auch am consensus in corpore fehlt; denn ein error in corpore (seitens des Erwerbers) liegt hier nicht vor.

Zwischen diese zwei extremen Ansichten möchte man noch eine vermittelnde einschieben wollen: bemerkend, daß es mangels Consenses zwar an Tradition, nicht aber an Besitzerwerb überhaupt fehle. Allein wenn die körperliche Seite der Erwerbshandlung bei der Tradition von der bei sonstigem Erwerb nicht wesentlich verschieden ist; wenn man, um überhaupt Besitz zu erwerben, auch bei vorhandener Besitzestradition denn doch den gemeinen animus rem sibi habendi brauchte: wozu dann noch eine Unterscheidung der Tradition des Besitzes von anderem Erwerb? was hätte es denn auf sich, daß es dem Erwerber an dem zur Traditton nöthigen Consense gebricht? Wir glauben, nichts. Eine solche Mittelmeinung würde von der vorigen nur in der Form abweichen; praktisch käme sie darauf hinaus, daß auch zu dem Erwerb bei Tradition die gemeinen Erfordernisse genügen.

Demgemäß wird man denn auch unsere Stelle keineswegs dahin auslegen können: daß es mangels Consenses nur zu keiner Tradition, nicht überhaupt nicht zum Besitzerwerbe komme; sagt sie ja doch schlechtweg: non acquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus d. h. non acquiram possessionem, si in corpore dissenserimus. Es bleibt uns nur die Wahl zu sagen: entweder daß überhaupt kein Besitzerwerb stattfindet, wenn es gleich blos an dem besonderen Erforderniß der Tradition fehlt; mögen nun die gemeinen Erfordernisse des Besitzerwerbs da sein, oder nicht; — oder es kommt zu keinem Besitzerwerb, weil es an den gemeinen Erfordernissen zu einem solchen, und zwar am gemeinen animus fehlt; wäre dieser da, so würde Besitz erworben auch ohne Consens; er wäre mit Tradition auf Grund der blos gemeinen Erfordernisse hin er-

worden, mag man dies nun eine possessionis traditio nennen oder nicht.

Wir wissen Niemanden, der die Stelle nach diesen beiden Möglichkeiten näher untersucht hätte. Wohl scheint bereits der casus des Franziskus Accursius (vor der Glosse ad h. l.) den Nichterwerb lediglich auf den error in corpore zurückführen zu wollen [12]; eine Neigung, die von Zeit zu Zeit zurückkehrt [13], und neuestens am bestimmtesten bei Scheurl hervortritt [14]. Allein es muß wiederholt bemerkt werden, daß die andere Möglichkeit bei diesen Auslegern wenigstens nicht ausdrücklich erwogen wird. Ihnen gegenüber steht Bartolus [15], indem er gleich eingangs zu unserer Stelle bemerkt: Error nominis acquisitionem possessionis non impedit, sed error in corpore. Item dissensus recipientis impedit traditionem possessionis. Hoc dicit haec lex; — und Jacobus Venentius, wenn er lehrt, daß „corporalium rerum possessio acquiritur per concurrentiam animorum tradentis et recipientis“ [16]. Allein auch sie lassen sich auf unsere Stelle nicht näher ein. Eine ausführlichere Begründung dieser letzteren Ansicht dürfte dennoch nicht überflüssig sein.

1. Wenn es am Ende der Stelle heißt: Sed non puto er-

---

12) — et sic erravi in corpore: dic quod non acquiro possessionem etc.

13) s. z. B. Pothier, Pand. Just. Tom. III ad h. t. sect. II Nro. 16: „sed neque haec voluntas in eo est, qui circa rem errat“; — Cujacius, comment. in D. h. t. (Op. omn. ed. Neap. t. VIII 1722. 299 — acquisisse non videtur, quia non ejus fundi emendi, possidendi et apprehendendi animum habuit, et possessio non acquiritur sine animo et voluntate adipiscendi eum — und später: Tota lex est de errore in corpore; Mühlenbruch, a. a. O. § 237 Anm. 13; Valett, a. a. O. § 207.

14) Beiträge zur Bearb. des r. R. 2. Heft S. 203 „— so werde ich bloßer Detentor des letzteren, auf welches nun ja mein Besitzwille offenbar nicht gerichtet ist —, weil der Irrthum ... den (zum Besitzerwerb) erforderlichen Willen ausschließt.“ —

15) Super prima parte Dig. novi, ad h. t.

16) Tractat. illustr. Tom. VI P. II fol 244. Lectt. juris civ. ordin. de mane interpp. quaest. 4.

rantem acquirere — so braucht dies, nach der Natur des am Eingang vorausgesetzten Traditionsfalles, schon an und für sich nicht von jenem allenfallsigen zweiten Irrthum verstanden zu werden, vermöge dessen der Eingewiesene in den fundus C geht, während er den fundus S vor sich zu haben glaubt. Denn sicher befindet er sich auch in dem anderen Irrthum, daß er in den fundus C nicht eingewiesen zu sein glaubt. Schon an und für sich kann dieser andere Irrthum gemeint sein. Für einen Irrthum, der wie dieser nur die Uebereinstimmung mit dem Anderen, nicht die mit sich selbst aufhebt, haben die Quellen auch anderwärts bald den Namen dissensus, bald das allgemeinere aber ursprünglichere Wort error[17].

2. Sofort ist es mindestens sicherer anzunehmen, daß „error" auch in unserer Stelle blos ein anderer Ausdruck für dissensus ist. Denn einmal steht nicht fest, daß Ulpian neben diesem, mit dissensus identischen, Irrthum noch einen anderen angenommen haben will. Gesetzt aber, er will es, so bleibt es zweifelhaft, ob dieser andere Irrthum denn wirklich ein error in corpore, oder doch ein solcher Irrthum in Stoff oder Eigenschaft ist, daß er den animus possidendi ausschließt. Oder kann man sagen, daß der da aufzieht, den fundus, auf dem er aufzieht sich einrichtet und als Herren denkt, nicht will, deswegen weil er ihn für den Sempronianus hält? wie wenn er in dieser falschen Meinung den bisherigen Besitzer dejicirt hätte? hätte er auch dann diesen fundus nicht gewollt und keinen Besitz erworben?

3. Der error am Ende der Stelle kann an und für sich sowohl den dissensus als den anderen s. g. einseitigen Irrthum bedeuten, aber nicht auch kann das Wort dissensus sowohl diesen wie jenen error bedeuten (vgl. l. 9. § 5. D. o. c.). Wir haben danach, was den Grund des Nichterwerbs in unserem Traditonsfalle anlangt, einen concreteren und unzweideutigen Ausdruck in unserer Stelle, und einen allgemeineren, zweideutigen. Zweimal, und

17) l. 57. D. o. e. a. (44, 7.) Savigny, Syst. Bd. 3. S. 266 not. g.

am entscheidenden Ort, wird der bloße dissensus, der bloße Mangel des consensus in corpore als Grund genannt [18]; dann allgemeiner der error. Nach gemeiner Regel ist der concrete Ausdruck entscheidend; es ist unmöglich anzunehmen, daß der allgemeine Ausdruck hier nicht nur etwas allgemeineres, sondern überdies etwas anderes bedeuten soll, als der concrete.

So nothwendig diese Auslegung nun auch zu sein scheint, ist doch etwas in der Stelle, was uns noch nicht zur Ruhe kommen läßt. Warum wird der Fall gerade dahin gestellt, daß der Eingewiesene in den fundus C geht, — in den fundus, in den er nicht eingewiesen zu sein meint, in den er aber in der That eingewiesen ist? Wollte der Jurist so recht einfach und bestimmt aussprechen, daß nicht erst der error in corpore, sondern schon der dissensus den Besitzerwerb aus Tradition ausschließt: warum ließ er den Eingewiesenen nicht in den fundus gehen, in den er eingewiesen zu sein glaubte und bestimmt haben wollte? hat ihn Ulpian nicht gerade deswegen in den fundus C gehen lassen, um den Fall zu bekommen, da zwar auch ein dissensus aber überdies ein error in corpore vorlag? So kann man uns wohl einwerfen. Allein wenn dieser Einwurf von Gewicht sein sollte, müßte feststehen, daß der Eingewiesene den fundus C auch wirklich für den fundus S hielt; und daß dieser Irrthum einer in corpore sei. Dachte sich Ulpian, M kenne den fundus C, und irre lediglich darin, daß er diesen fundus nicht für den tradirten hält, dann läge darin, daß er ihn in den fundus C einziehen und doch nicht Besitz erwerben ließ, eine Bestärkung unserer Ansicht. M — würde dann Ulpian sagen — kannte und wollte den fundus, in den er einzog, that alles, was zum einseitigen Besitzerwerb gehört, und erwarb dennoch nicht, deswegen nicht, weil es sich um possessionis traditio handelte und der Consensus fehlte. In der That steht nun, wie schon oben bemerkt, nicht

18) — non acquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. Quoniam (quando) autem in corpore non consenserimus —.



fest, daß M den fundus C nicht kannte, und nicht wollte; ersteres ist nicht gesagt, letzteres an und für sich zweifelhaft. — Uebrigens wäre, dünkt uns, diejenige Interpretation die beste, welche dahingestellt sein läßt, was der Text selbst dahinstellt. Lassen wir also dahingestellt, ob M den fundus C kannte, wollte oder nicht wollte, wird es nicht auch so erklärlich, warum Ulpian den M in den fundus C anstatt S einziehen läßt? Zöge M in den fundus S, — in denselben also, den er für tradirt hält, so läge kein Anlaß da, an einen bloßen error nominis zu denken und diesen vom error in corpore zu unterscheiden. Zieht dagegen M in denselben fundus, der tradirt ist, während er doch in den fundus S eingewiesen zu sein glaubt, so läßt sich dieses Benehmen am leichtesten dann denken, wenn eine bloße Namenverwechslung vorlag. So gut nun Ulpian in l. 9 pr. § 1 D. c. e. (18, 1) dafür hielt, beim Kaufe des fundus C, wo der Käufer gleichfalls den fundus S zu kaufen meint, zwischen dissensus in nomine und in corpore unterscheiden zu müssen, so mochte ihm daran liegen, denselben Unterschied bei der traditio zu machen; dann aber mußte er in den fundus C einziehen lassen. So verliert dieser Punkt alles Auffällige. Zugleich aber drängt sich noch eine weitere Bemerkung auf. Dafür, daß M, wiewohl er den fundus S für tradirt hielt, dennoch in den fundus C einzieht, sind dreierlei Gründe möglich: M kannte und wollte den fundus C trotzdem, daß er einen anderen für tradirt hielt; — M hielt den fundus C für den fundus S; — M hielt denselben fundus C für tradirt, in den er einzog, aber glaubte, daß er Sempronianus heiße. Wenn nun Ulpian lediglich diese letzte Möglichkeit hervorhebt, muß bei der Entscheidung des Falles lediglich auf sie etwas angekommen sein; darauf, ob M den fundus C kannte oder wollte, kann nichts angekommen sein. Dies trifft aber zu, wenn bei possessionis traditio der Besitz für nicht erworben gilt, sobald es auch nur am consensus in corpore fehlt. Mag nun noch ein s. g. einseitiger error in corpore hinzugekommen, der animus den fundus C zu besitzen da gewesen sein, oder nicht — der Besitz ist so wie so nicht erworben. — —

Noch weitere unmittelbare Zeugnisse der Quellen für die Nothwendigkeit des Consenses zur possesssionis traditio stehen uns nicht zu Gebote. Der Consens, welcher in dem Traditionsfalle der l. 1 § 21 D. h. t. als Entscheid des Besitzerwerbes hingestellt ist[19], ist nach l. 34 pr. cit. allerdings etwas Nothwendiges; allein ohne l. 34 nur etwas Beiläufiges. Anderseits ist, unseres Wissens, nichts in den Quellen gegen uns: es wäre denn jenes schon oben erwähnte: adipiscimur possessionem corpore et animo —. Allein auch dieser Satz wäre nur dann gegen uns, wenn er aussprechen soll, daß zum Besitzerwerb nichts gehöre, als der animus rem sibi possidendi und Apprehension von Seite des Erwerbers. Aber möglicherweise will er nur sagen, daß weder animus noch corpus von Seite des Empfängers für sich allein zum Erwerbe hinreichen; ja die nächstfolgenden Worte — neque per se animo aut per se corpore — machen es im hohen Grade wahrscheinlich, daß er mehr nicht besagen will. Da bleibt denn die Möglichkeit offen, daß auch noch mehr — ein übereinstimmender Wille des bisherigen Besitzers — kann hinzukommen müssen.

§. 3.

Anlangend die Frage, ob die Tradition des Besitzes einen derivativen Erwerb, oder, was eins ist, eine Succession enthalte oder nicht, — gilt es zunächst Prüfung der Gründe, auf die sich die herrschende, verneinende Meinung stützt.

1. In ein Factum, heißt es, kann man nicht succediren. Succession, erläutert Puchta[20]), ist nicht denkbar ohne daß auf den Succedenten dasselbe übergeht, was der Vormann hatte. „Sowie wenn ich an einen Ort trete, indem mir ein Anderer, der bisher dort gestanden hat, Platz macht, man nicht sagen kann, mein Stehen auf diesem Flecke sei das seinige, das auf mich übergegangen wäre" — so wenig sei der Besitz, den ich durch Tradition empfan-

19) — pro traditis eas (trabes) haberi, si in re praesenti consenserint.
20) Weiske's Rechtslex. a. a. O. S. 55.

gen, derselbe, der Besitz des Tradenten; ist ja, sollen wir hinzudenken, der Besitz gerade so wie das Stehen auf einem gewissen Platze ein bloßes Factum. — Hier wird zunächst wieder der Zweifel rege, ob bei derivativem Erwerb das Recht, welches erworben wird, wirklich dasselbe sei, oder sein müßte, das der Auctor oder Vormann hatte[21]. Aber diese Zweifel wollen wir unterdrücken, weil wir am Ende doch darauf hinauskämen, daß dies Ding, was wir Juristen Succession nennen, an bloßen Factis nicht vorkommen kann. Statt dessen drängt sich der Satz auf, daß der Besitz kein bloßes Factum sei. Der ist bekanntlich in den Quellen selbst ausgesprochen, ständiges Thema unserer älteren Besitzestheorien[22], und Lehrsatz auch aller derjenigen, die zur Stunde keine Succession in den Besitz zulassen, weil er ein Factum sei[23]; ja Puchta spricht anderwärts von „einer selbständigen rechtlichen Natur des Besitzes, die ihn ... dem Eigenthum als ein besonderes Recht gegenüberstellt,"[24] wenn er jene Selbständigkeit dann wieder als eine entlehnte gedacht haben will. Das können wir dahingestellt sein lassen; genug daß der Besitz kein bloßes Factum ist. Damit verliert das Argument aus dem blos factischen Nachrücken alle Kraft; die Rechtsähnlichkeit des Besitzes kann unter anderem auch darin bestehen, daß er eine Sucession zuläßt.

2. Davon, „daß nicht der Besitz ... des Tradenten auf den Empfänger übergehe, dieser vielmehr einen neuen Besitz anfange" — gehe — sagt Böcking — „die für die Usucapion wichtige Besitzverknüpfung, accessio possessionis, das Zusammenrechnen der Zeiten, während welcher Mehrere successiv dieselbe Sache besessen haben, als habe während derselben der jetzige Besitzer stets besessen, aus." Auch diese Folgerung beruht auf der Vorstellung, daß der deri=

21) Kuntze, die Obligation und die Singularsuccession § 16. Entgegen Windscheid, die Actio des röm. Civilr. S. 157.

33) s. z. B. Azonis summa in Cod. 7, 32. Donellus, Comm. jur. civ. lib. V, c. 6 § 17. Cuperus, de nat. Poss. P. 1. c. 6.

23) s. z. B. Savigny a. a. O. § 5.

24) Pand. § 122.



vativ erworbene Besitz derselbe sein müsse, den der Vormann hatte. Allein gesetzt auch, diese Vorstellung sei richtig: knüpft die possessionis temporis accessio wirklich daran an, daß der Besitzer einen neuen Besitz hat? Soviel uns scheint, nicht. Nach der Fassung des interdictum utrubi wird gefordert, daß derjenige, welcher siegen will, so und so lange selbst den Besitz gehabt habe[25]. Dasselbe war ohne Zweifel bei der longi temporis praescriptio und bei der usucapio der Fall. Hieran nun knüpft possessionis und temporis accessio an, indem sie sich darstellt als Zuschlag eines Besitzes, den der Sieger oder Usucapient nicht selbst gehabt, — eine Besitzeszeit, die derselbe nicht selbst durchschritten hat. Würde er gesagt haben, und haben sagen können, daß sein Besitz kein neuer, sondern schon vordem vorhandener sei, so würde er diesen nichts destoweniger vordem nicht selbst gehabt, also gleichwohl dem Interdicte nicht genügt haben; possessionis oder temporis accessio würde — wenn man sie überhaupt wollte, — nichtsdestoweniger nothwendig gewesen sein. Machte der Umstand, daß der Besitzer einen vordem vorhandenen Besitz hatte, diese Accession nicht überflüssig, so machte sie der Umstand, daß er einen originären Besitz hatte, nicht nothwendig. Nothwendig war sie lediglich um deswillen, weil er den Besitz durch die nöthige Zeit hindurch nicht gehabt hatte.

Soweit der Anlaß dieser Vergünstigung. Der Grund aber, warum sie ertheilt wurde, liegt eben so sicher in einer Succession[26]. Freilich ist damit noch nicht gesagt, daß unter dieser Succession auch eine in den Besitz gemeint sei; dagegen aber offenbar, daß die ac-

---

25) Gaj. IV, 150 — qui majore parte ejus anni nec vi etc. possidet — § 151 — non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius —.

26) l. 14 § 1 D. div. temp. praescr. (44, 3). Plane tribuuntur (accessiones) his, qui in locum aliorum succedunt — Gaj. IV § 151 — non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius, quam justum est ei accedere, velut ejus cui heres extiterit ejusque a quo emerit, vel ex donatione aut dotis nomine acceperit — arg. l. 2 § 16. D. pro emtore (41, 4).

cessio possessionis auch vonseiten ihres Grundes nicht darauf beruht, daß keine Succession in den Besitz stattfinde.

§. 4.

Ob die Tradition des Besitzes eine Succession enthalte oder nicht, scheint uns davon abzuhängen, ob

1. Tradent selbst den Besitz, oder Vollmacht des Besitzers oder für den Besitzer — und

2. den Willen zu tradiren haben müsse, damit es zu einer Tradition des Besitzes komme.

Das Wesen der Succession oder des derivativen Erwerbes liegt nämlich auch uns [27] nicht darin, daß das erworbene Recht dasselbe sei, wie das des Auctors, oder des Erblassers; nicht als ob wir läugnen wollten, daß es dasselbe sei, etwa deswegen, weil es jetzt mein, vorher eines Andern war; sondern deswegen, weil uns beispielsweise das durch Usucapion erworbene Eigenthum nicht mehr und nicht weniger das Eigenthum des bisherigen Eigenthümers zu sein scheint, als wenn es von diesem derivativ erworben worden wäre. Man kann ebensowohl sagen, daß das fremde Eigenthum, als daß die fremde Sache usucapirt werde [28]. Ja man muß sagen, daß das bisherige Eigenthum usucapirt werde. Würde blos die Sache usucapirt, wie könnten die Prädialservituten, die doch eine Qualität nnd Accession des Eigenthums, dominii accessio sind [29], mit usucapirt werden? [30] Wir meinen mit Kuntze

---

27) vgl. meine Pand. I. Abth. S. 563.

28) vgl. den Ausdruck in l. 21 D. usurp. 41, 3: Ei a quo fundum pro herede diutius possidendo capturus eram. — Ist hier fundus nicht, wie sonst oft, Grundeigenthum? vgl. meine Pand. Abth. I § 173 unten; l. 20 § 1 D. a. r. d. 41, 1.

29) l. 20, § 1. D. a. r. d. — dominium...tale transfertur, quale fuit apud eum, qui tradit: si servus fuit fundus, cum servitutibus transit, si liber, uti fuit — l. 14 pr. D. serv. (8, 1) — si corporibus accedunt — vgl. meine Pand. Abth. I § 69.

30) l. 12. D. quemadm. serv. amitt. 8, 6. Ususfructus und Pfandrecht,

(a. a. O. § 17), wie mit dem Wesen der Succession zusammenzutreffen, indem wir ihr einen Ausdruck des republikanischen Staatsrechtes — den der creatio — substituiren. Manche schaffen sich ihr Recht selbst; der Spezifikant, der Occupant, der Usucapient; die beiden ersteren schaffen das Recht und schaffen es sich; der Usucapient verschafft sich (usurpirt) eines Anderen Recht, ein vorhandenes Recht. Andere schaffen sich ihr Recht nicht selbst; es wird ihnen geschaffen. Wofern es ihnen auf Grund eines vorhandenen Rechtes, durch den bisher Berechtigten, und in der Art und Umfänglichkeit geschaffen wird, daß in diesem neuen Geschöpf das alte erschöpft ist: da liegt uns all das vor Augen, was die Succession der römischen Magistrate [31], die Creation des magistratus durch den magistratus auszeichnet; aber auch all das, was im Privatrecht für den Begriff der Succession gefordert werden kann. Ja dieser wird noch da sein, wenn anstatt des bisher Berechtigten aber auf dem Boden seines Rechts ein Anderer, der populus, die lex, Recht schafft (Intestaterbfolge). Wiedergeburt, Fortpflanzung, Weiterzeugung sind die Wörter, wodurch wir dem Begriff und Wesen der Succession näher treten, als durch das Wort Succession selbst; wenn wir das Recht, z. B. das Eigenthum versinnlichen, verkörpern, wird in Tradition und Erbgang dasselbe Recht erworben, wenn wir uns dagegen vom Aeußeren zum Inneren, von der Sache zum Recht, von der Phantasie zum Begriff wenden, ist das neuerworbene ein aus dem alten neugeschaffenes, wiedergeborenes Recht, — aus dem alten, nicht das alte. Das Privatrecht spricht häufiger in der mehr sinnlichen Richtung; mitunter aber auch in der anderen [31a].

Wenn nun durch Tradition Niemand Besitzer werden könnte,

---

die von dem in Usucapion begriffenen Eigenthum getrennt sind, werden nicht mitusurpirt, nicht zerstört.

31) Vgl. Rubino, Untersuchungen üb. röm. Staatsverf. u. Geschichte Bd. I S. 16—17.

31a) durch den Ausdruck: rem ejus facit, efficit z. B. gleich l. 9. §§ 3—7 D. a. r. d. abwechselnd mit rem, proprietatem tradere, transferre „facit eam accipientis", „tuam efficio," „eum dominum efficit."

es wäre denn kraft des vorhandenen Besitzes und durch den bisherigen Besitzer oder seinen Vertreter, so würden wir auch in der Tradition des Besitzes eine Succession haben. Denn dann würde der Empfäger den Besitz sich nicht selbst verschaffen; daß er selber wollen und zugreifen muß, würde nicht entgegenstehen, weil eine Zuthat des Erwerbers auch bei der dominii traditio und Succession gefordert wird. Es wäre der bisherige Besitzer, der ihm den Besitz verschafft; Grund und Ursprung des neuen Besitzes ein alter; der neue käme aus dem alten.

Was nun die Frage betrifft, ob

ad 1. Tradent den Besitz, oder wenigstens vom oder für den Besitzer Vollmacht zur Tradition haben müsse, damit possessionis traditio möglich sei, so kommt hier zunächst ein allgemeiner Ausspruch für die Succession in Betracht: l. 21 pr. D. h. t.: Interdum ejus possessionem, cujus ipsi non habemus, alii tradere possumus, veluti quum is, qui pro herede rem possidebat, antequam dominus fieret, precario ab herede eam rogavit. Hiernach wäre Regel, daß, wer keine possessio hat, sie nicht tradiren könne. — Sofort aber muß, nach Maßgabe dessen, was uns die Quellen bieten, zuvörderst der Fall in Betracht kommen, wo Depositare, Commodatare, Pächter, Verwalter, überhaupt solche, die den Besitz nicht im eigenen Namen haben, an Dritte tradiren, ohne dazu Vollmacht oder Auftrag zu haben. Dabei wird es zweckmäßig sein, den Besitz an beweglichen Sachen von dem an unbeweglichen von vornherein zu trennen.

A.

Von dem Falle, da Sklaven oder Colonen den Grundbesitz ohne Vorwissen ihres Herrn an Dritte „tradiren", würde l. 3 § 9 D. h. t. reden, wenn die Lesart Haloanders und der Vulgathandschriften, von denen Cujacius redet, nicht wäre. Anstatt „Et si alii tradiderim, amitto possessionem" nämlich soll nach jenen gelesen werden: Et si alii tradiderint, a. p." Als Tradenten wären dann aber der im vorhergehenden § erwähnte Sklave und Colone

zu denken. Indessen so bestimmt auch Cujacius diese andere Lesart vertritt[32], so wenig paßt sie in den Zusammenhang, indem die Stelle fortfährt: nam constat, possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi dejecti fuerimus; in der Tradition des Sklaven oder Colonen läge weder voluntas nostra noch Dejection; es müßte das Gegentheil von dem gefolgert werden, was in der haloandrischen Lesart gefolgert wird. Darum hat sich denn namentlich Savigny (a. a. O. S. 441) für die „Nothwendigkeit" der Florentinischen Lesart erklärt[33]. — Abgesehen von dieser falschen Lesart haben wir keine Stelle finden können, in der von einer solchen eigenmächtigen „Tradition des Besitzes" an unbeweglichen Sachen buchstäblich die Rede wäre; während doch des Falles, da solche Personen von Besitz an Grundstücken mit Tod oder freiem Willen abgehen, öfter gedacht ist; entweder ohne Zuthat[34], oder mit Anführung der weiteren Möglichkeit, daß nunmehr ein dritter in den Besitz einziehe[35]. Unzweifelhaft liegt keine Tradition vor, wenn der Pächter ꝛc. einfach entweicht, mag es gleich Veranlassung sein, daß ein Anderer den von ihm aufgegebenen (körperlichen) Besitz ergreift. Aber selbst dann, wenn der Pächter mit der Absicht entweicht, um dem nach ihm einrückenden Dritten Platz zu machen, liegt u. E. keine „traditio" vor[36]. Auf Seite des Tradenten enthält die Tradition zunächst etwas Positives: ein buchstäbliches Uebergeben, Einführen, Einweisen, Vorzeigen u. s. f. und nur in diesem ein Negatives, das Weichen, Ablassen vom Besitze (cedere possessione); in unserem Falle wäre sie dieses Negative für sich allein;

32) Comment. in D. h. t. h. l. „— ut in vulgaribus legitur rectius quam in Florent. —"

33) Vgl. auch Schirmer: über den Verlust des Besitzes deponirter ꝛc. Sachen Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. XI. S. 453. Im Übrigen Schulting-Smallenb. Not. ad Pand. ad h. l.

34) l. 3 § 8 D. h. t.

35) l. 40 § 1, l. 44 § 2 eod.

36) l. 12 pr. C. h. t. — sive . . . . . corporaliter nactam possessionem . . . . . alii prodiderit . . . . dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere.

von einer Einführung u. dgl. in den Besitz kommt hier nichts vor. Denn die vorgängige Beredung mit dem Dritten, daß man ihm Platz machen werde, kann doch wahrlich nicht als Einführung, nicht als Stück der Tradition gedacht werden. Darum erblicken wir hierin denn aber auch eine bloße proditio [37], keine traditio. Sollte man also im Falle einer solchen Besitzes-Räumung (nicht Einräumung) den Dritten sofort Besitz erwerben lassen [38], so läge darin kein Beweis, daß man auch ohne Besitzer zu sein, Besitz tradiren könne; sollte man ihn nicht sofort erwerben lassen [39], so läge darin kein Beweis, daß man ohne Besitzer zu sein, nicht tradiren könne; denn in der That liegt gar keine Tradition, sondern nur einseitige Besitzerwerbung mit blos negativer Beihilfe von Seiten des bisherigen Naturalbesitzers vor.

Bei diesem Mangel einer direkten Auskunft unserer Quellen über die Tradition des Grundbesitzes durch Pächter u. dgl. geht unsere Jurisprudenz in deren Beurtheilung auseinander; ein Theil läßt sie wirksam zu, ein anderer nicht; dies jedoch nur aus singulären, oder von auswärts beigeschafften Gründen: bald auf Grund dessen, was über den Verlust des Besitzes an Immobilien gilt (— possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi dejecti fuerimus) bald nach Analogie dessen, was l. 13. C. h. t. über die proditio verordnet [40]. Darin kommen die Neueren alle stillschweigend überein, daß eine possessionis traditio durch solche nichtermächtigte Nichtbesitzer an und für sich möglich sei. Aber gerade das läßt sich bezweifeln. Es läßt sich denken, daß die Quellen deswegen von keiner solchen possessionis traditio reden, weil sie keine kennen; weil ihnen dieselbe an und für sich unmöglich scheint, in Gemäßheit des Satzes: nemo plus in alium transferre

37) l. cit.

38) wegen l. 40 § 1, l. 44 § 2 cit.

39) wegen l. ult. pr. C. h. t.

40) Vgl. die Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten bei Arndts Pand. § 143.

potest, quam ipse habet — und jener Regel, daß man auch einen Besitz, den man nicht habe, nicht übertragen könne[41]. In diesem Lichte sind die Quellen der „Leuchte des Rechtes" erschienen; man sieht dies aus den Glossen zu folgender für unsere Frage nicht unwichtigen, darum näher zu betrachtenden Stelle:

> l. 5. C. h. t. Diocl. et Max. Quum nemo causam sibi possessionis mutare possit, proponasque, colonum nulla extrinsecus accedente causa ex colendi occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsum, Praeses provinciae, inquisita fide veri, dominii tui jus convelli non sinet.

Es wird vorausgesetzt, daß zu dem Verhältniß, in welchem der Colone sich als solcher zu der Sache befindet, auch von außen keine neue causa hinzugekommen sei; mithin keinem Zweifel unterliegen dürfen, daß der Satz quum nemo causam sibi possessionis mutare possit — sich auf den Colonen (und Verkäufer) beziehe. „Inwendig — sagt das Rescript — konnte sich die causa possessionis nicht ändern, und von außen ist, nach Angabe des Klägers, keine neue hinzugekommen." Die Entscheidung des Richters soll also davon abhängen, ob in dem Besitzverhältniß des Colonen wirklich keine Veränderung vorgekommen sei; sei keine vorgekommen, dann dürfe der Richter nicht zugeben, daß das klägerische Eigenthumsrecht „zerrissen" werde. Als Beklagten haben wir natürlicherweise den Käufer zu denken; als Käufer aber einen Dritten, nicht den Colonen, von dem es ja heißt, daß er zum „Verkauf" geschritten sei. Es ist schwer zu begreifen, wie die Basiliken[42], wahlweise die Glosse[43], und danach spätere Ausleger[44] dazu gekommen sind, den Colonen als Käufer zu betrachten; überwiegend geht

41) Vgl. oben ad l. l. 21 pr. cit.

42) lib. 50. tit. 2 nro. 56.

43) zu causa possessionis a. G. vel. dic: venditionis, i. e. emtionis factae ab eo, quem sciebat non dominum.

44) Vgl. Brunnemann, Comm. in Cod. ad h. l.

denn auch die Glosse[45], wie die spätere Interpretation[46] davon aus, daß der Colone Verkäufer und der Käufer belangt sei. Auch das erhellt mit Sicherheit, daß auf Grund des Eigenthums geklagt, also vindicirt wird. Unbestimmter ist die Vertheidigung gelassen: beruft sich Beklagter darauf, daß er durch den Colonen Eigenthum empfangen[47], oder etwa nur darauf, daß er durch den Kauf von diesem den Grund zur Usucapion oder Verjährung gelegt, und diese vollendet habe? Doch ist auch dafür ein Anhalt in dem Rescripte selbst gegeben. Einmal in den Gründen, mit welchen Kläger in Schutz genommen wird. Daß sie der causa possessionis entnommen sind, weist auf Vertheidigung durch Usucapion oder longi temporis praescriptio hin[48]. Dann aber geht nach dem Wortlaute des Rescriptes das Bestreben des Beklagten auf ein „convellere jus dominii" aus. Nach sonstiger Anwendung deutet dieses dem „rescindere" verwandte Wort auf eine außerordentliche Entkräftung des Rechtes[49], so daß wir wohl eine exceptionelle Vertheidigung für den vorliegenden Fall postuliren müssen. Eine solche liegt vor, wenn sich Beklagter auf longi temporis praescriptio berief. Für das Endergebniß der Stelle macht es freilich keinen Unterschied, ob man den Einwand des Beklagten auf eine temporis praescriptio oder — wie dies Irnerius und Johannes Bassianus, die bedeutendsten Interpreten dieser Stelle, thun — auf Usucapio zurückführt[50]. Dagegen fragt sich noch, ob Beklagter die Verjährung aus eigenem Besitze, oder aus dem eigenen und dem

45) s. bes. die zu „dominii". — Davon scheint auch eine Glosse des Hugolinus in einer Handschrift des Cod. Just. im böhm. Mus. zu Prag auszugehen.

46) Vgl. Schirmer, a. a. O. S. 456. Anm. 30.

47) Wie der casus Viv. zu dieser Stelle vorauszusetzen scheint.

48) Vgl. Schirmer, a. a. O. S. 456.

49) Vgl. die bei Brissonius, de V. S. sub voc. „convellere" angeführten l. 8 C. remiss. pign. (8, 26), l. 42 D. pact. (2, 14), l. 5 C. a. v. ret. poss. (7, 32), l. 2 C. qui test. fac. p. (6, 22), l. 1 C. vectig. (4, 61), l. 4 C. appell. (7, 62), l. 20 C. test. am. (8, 23).

50) s. d. Glosse zu „dominii".

des Colonen zugleich (mittelst temporis accessio) hergeleitet haben wollte: und dies ist die belangreichste Frage. Nahm Beklagter zu seiner Verjährungseinrede auch noch den Besitz des Colonen in Anspruch, so konnte man repliciren, daß letzterer selbst keinen Verjährungsbesitz hatte, und der Satz, von dem das Rescript ausgeht (quum nemo c. s. p. mutare possit), sowie die Thatsache, die dasselbe voraussetzt (nulla extrinsecus causa accedente etc.), würden dann vielleicht den Zweck haben, zu begründen, daß unter so bewandten Umständen von keiner usucapio oder longi t. possessio in der Person des Colonen, darum auch von keiner accessio t. aus seiner Person die Rede sein könnte. Das ist die Meinung, welche Johannes Bassianus gegen Irnerius vertrat [51]. Nahm Beklagter Usucapion oder Verjährung blos aus eigener Person in Anspruch, dann half es nichts mehr, daß der Colone keinen Usucapionsbesitz hatte; die Argumentation des Rescriptes bekommt nothwendig einen anderen Sinn; die Nichtänderung der causa possessionis kann dann nicht entgegengesetzt sein der Umwandlung in den Usucapionsbesitz; es bleibt nichts anderes übrig, als daß sie der Verwandlung des natürlichen Besitzes in juristischen gegenübersteht; daß Käufer nicht usucapiren, verjähren, excipiren könne, wird daraus gefolgert, daß Verkäufer keinen juristischen Besitz hatte. Diese Folgerung war möglich, wenn man in der traditio possessionis eine Succession erblickte; denn dann ließ sich sagen, daß der Colone keinen Besitz hatte, mithin keine possessio tradiren, dem Käufer also die Unterlage zur Usucapion oder longi t. possessio nicht geben konnte. So verstund Irnerius die Stelle [52].

Diesen letzteren Sinn hatte das Rescript nothwendig, wenn

51) gloss. „dominii" — Sed Joannes contra etc.

52) s. d. cit. Glosse: — Sed numquid emtor, iste qui emit a colono, poterit usucapere? Quidam dixerit, ut Irn. quod non, arg. l. 29 D. usurp. — Colonus enim non potuit dare possessionem, quam non habebat —; die folgenden Worte: licet eam dominus amisisset traditione facta, ut dixi — kennzeichnen sich äußerlich wie innerlich als Zusatz des Accursius.

Käufer in eigener Person die Verjährung vollendet baben wollte; ihn konnte sie immerhin auch dann haben, wenn er accessio t. zu Hilfe nahm; denn hatte der Colone keinen Besitz, so hatte er noch weniger Usucapionsbesitz; denselben Sinn mußte das Rescript aber wiederum nothwendig dann haben, wenn man vom Gegner nur allgemein wußte, daß er sich auf Verjährung berief — den Kläger also nicht blos gegen accessio temporis, sondern gegen Verjährung überhaupt waffnen wollte. Der Eindruck, den diese Stelle auf den Ersten Exegeten machte, mag um eben deswillen unbefangener sein. In der That ist er voraussetzungsloser. Das Rescript an sich läßt nur den Einwand des langen Besitzes durchblicken; das genügt nach des Irnerius Auslegung, während Johannes Bassianus Verjährung mittelst accessio t. postulirt; das Rescript läßt schließen, daß irgend eine mutatio causae possessionis, wenn auch nur in possessionem, dem Kläger sein Recht benähme; das trifft nach des Irnerius Auslegung zu, mag nun Beklagter seine Verjährung mit oder ohne access. temp. begründen; Johannes Bassianus muß seine Folgerung auf eine Veränderung in Usucapionsbesitz einschränken. Endlich ist auch die Stellung des Rescripts im Titel: de acq. vel ret. poss. der Irnerischen Auslegung günstiger.

Nichts desto weniger bleibt es mißlich, die Erklärung einer Stelle aus einem Satze zu schöpfen, der nicht schon an und für sich fest steht; oder das Dasein eines Rechtssatzes darauf zu stützen, daß irgend eine Stelle vermittelst seiner nur leichter interpretirt werden kann. Denn wir müssen zugeben, daß des Johannes Bassianus Auslegung nur minder leicht, nicht unmöglich ist[53]; und bemerken, daß l. 29 D. usurp., welche von Irnerius oder seinen Anhängern zum Beweise des postulirten Satzes angerufen wird, keineswegs beweist. Darum ist nicht zu läugnen, daß der speziellere Beweis, den wir für die Unmöglichkeit einer traditio possessionis in der Person eines unbevollmächtigten Nichtbesitzers aufzubringen suchten, schwach ist. Zudem fragt sich erst noch, ob nicht das Gegentheil er-

53) Schirmer, a. a. O. S. 458.



wiesen werden könne: und dafür scheint uns nicht unbedeutendes Material vorzuliegen. Gleich Johannes Bassianus selbst hat es an Gegengründen wider Irnerius nicht fehlen lassen. Die meisten von diesen treffen zwar das Beweisthema nicht genau, oder gar nicht, aber einer ist unter ihnen, der schwer zu beseitigen sein wird:

> Secundo quia si specialiter prohibetur praescriptio ei, qui emit a colono rei dominicae, vel templorum, ut l. 2 C. ne rei dominicae (7, 38), ergo in aliis non prohibetur, ut arg. l. 1 D. ad munic. (50, 1)[54].

In l. 2 C. cit. heißt es:

> Universas terras, quae a colonis sive emphyteuticariis dominici juris, Reipublicae, vel juris sacrorum templorum in qualibet provincia venditae, vel ullo alio pacto alienatae sunt, ab his, qui perperam atque contra leges eas detinent, nulla longi t. praescriptione officiente jubemus restitui: ita ut nec pretium quidem iniquis comparatoribus reposcere liceat. (Valent. Theod. et Arc. a a a. Dextro comiti rerum priv. Dat. 5. Nonas Jul. Constantinop. Valentiniano A. III. et Eutropio Conss. 387).

Das kann nichts anderes heißen, als daß die Käufer ohne Rücksicht auf irgend eine l. t. p. — weder auf die damals noch giltige 40jährige[55] noch auf die 10 oder 20jährige, zur Restitution angehalten werden sollen. Also wird vorausgesetzt, daß sie sonst die eine oder andere l. t. p. für sich gewinnen könnten[56], selbst wenn es ein bloßer Colone ist, der verkauft, und tradirt hat. Wer möchte hineintragen, daß der Colone zufällig vorher possessio

54) wohl wegen der Worte: „neque enim debuisse caveri, ut vulgo quaesitus matris conditionem sequeretur“ — weil Einige glaubten, daß das den Pontifern verliehene Privilegium „ut qui Pontica matre natus esset, Ponticus esset“ nur auf vulgo quaesiti zu beziehen sei.

55) s. c. 2 C. Th. de l. t. praescr. (4, 13) a. 349.

56) Vgl. den Titel — ne rei dominicae vindicatio temporis praescriptione submoveatur.

bekommen hatte, oder etwa gar behaupten, daß gerade deswegen vindicirt werden kann, weil schon gemeiner Regel nach (mangels tradirten Besitzes) keine praescr. stattfindet? Diesem Gegengrunde des Johannes Bassianus lassen sich ähnliche beifügen:

l. 1 C. de rebus alienis non alienandis (4, 51). Imp. Alex. A. Cantiano.
Si praesidi provinciae probatum fuerit, Julianum nullo jure munitum servos tuos scientibus vendidisse: restituere tibi emtores servos jubebit. Quod si ignoraverint, et eorum facti sunt[57], pretium eorum Julianum tibi solvere jubebit.

l. 2 eod. Imp. Gord. A. Graeciae.
Distrahente marito rem tui juris, si consensum ei non accommodasti: licet sigillo tuo venditionis instrumentum fraude conquisita signaveris, hujusmodi tamen commentum emtori, usucapione non subsecuta, vel longi temporis praescriptione minime munito, nullam praestitisse securitatem potest.

l. 5 eod. Impp. Diocl. et Maxim. AA. Aegro.
Si fundum tuum pater post emancipationem te non consentiente venumdedit, neque ei successisti, neque possidens l. t. praescriptione munitus est: tibi agenti eum Rector provinciae reddi efficiet.

l. 3 C. de praescr. l. t. X vel XX ann. (7, 33). Diocl. et Maxim. AA. et CC. Antonio.
Si vineae quas mater tua vitrico tuo in dotem dedit, tuae proprietatis sunt, nec ulla praescriptio ex transacti temporis prolixitate adolevit: Praeses provinciae restitui tibi eas efficiet.

Das sind lauter Fälle, in denen Jemand fremde Sachen, namentlich auch Grundstücke, ohne Wissen und Willen des Eigenthümers verkauft, oder sonst wie veräußert, und Empfänger, nach un-

57) — durch was sonst als Usucapion? —

zweideutigen Aeußerungen der Quellen, ersitzen könnte; zwar ist nicht ausdrücklich ausgesprochen, daß Verkäufer hier gleich dem Colonen überall blos natürlichen Besitz hatte; wohl aber, daß es hier Mutter oder Vater, der die Sache des Kindes, oder ein Ehemann ist, der die Sache der Ehefrau veräußert; Eltern und Ehemänner pflegen aber Sachen der Kinder und Ehefrauen in Verwahrsam, Verwaltung, Fruchtgenuß — mithin im natürlichen Besitz zu haben.

B.

Richten wir hiernach unsere Frage auf den Besitz an Mobilien, so steht fest, daß „Si commodata vel deposita res alii tradita fuerit ab eo, qui commodatum vel depositum accepit“ der Commodator und Deponent zu besitzen aufhört, gleichviel ob mit ihrem Willen oder ohne diesen tradirt wurde; denn es steht fest, daß sie zu usucapiren aufhören (quos palam est desinere usucapere — l. 34 § 4. D. usurp.). Daß der Empfänger hier auch sofort Besitz erwirbt, wollen wir als ausgemacht voraussetzen. Gleichwohl wird daraus gegen das derivative Wesen der possessionis traditio schwerlich etwas gefolgert werden können. Denn wenn ein Depositar oder Commodatar ohne Wissen und Willen des Deponenten oder Commodators an dritte tradirt, so begeht er dadurch ohne Zweifel ein furtum [58], ein furtum nicht ohne contrectatio [59], Contrectation nicht ohne Ergreifung juristischen Besitzes [60] — es

58) ohne weiteres dann, wenn er Geld dafür nimmt l. 52 § 17 D. furt. — aber auch dann wenn nicht: l. 54 § 1 D. furtis (47, 2) — nec movere quem debet, quasi nihil lucri sui gratia facit — Species enim lucri est, ex alieno largiri, et beneficii debitorem sibi acquirere cf. l. 4 § 10 D. usurp. — quia furtum sive contr. fieri non possit.

59) l. 3 § 18 furt. u. die Definition von furtum.

60) l. 67 D. eod. — Infitiando depositum nemo facit furtum; nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum sit, sed si possessionem ejus adipiscatur intervertendi causa, facit furtum. Besitzergreifung setzt auch l. 47 D. a. v. a. p. voraus, erblickt aber diese nicht erst oder blos in einem loco movere (l. 3 § 18 cit.), sondern schon in einem „sibi possidere neque reddere constituere“ —. Ob man diesem „constituere“ selbst

steckt in seiner Tradition ein loco movere, possessionem intervertere, die Constituirung juristischen Besitzes zunächst in seiner Person — der Fall, in dem Jemand possessionem tradirt, ohne selbst Besitz zu haben, liegt hier gar nicht vor.

Um zu sicherem Entscheid über unsere Frage rücksichtlich der Mobilien zu kommen, müssen wir also vorerst den Fall herstellen, in welchem der Tradent in Wirklichkeit nicht selbst Besitzer ist. Soll er einerseits ohne Vollmacht des Besitzers tradiren, und andrerseits doch kein furtum begehen, so muß er wenigstens meinen, daß er Besitz habe, und da er tradiren soll, in Wirklichkeit den natürlichen Besitz. Kennt nun l. 28 D. a. v. a. p. den Fall, wo der wirkliche Besitzer nicht weiß, daß er Besitz hat, so wird es wohl auch den umgekehrten geben. Die Meinung zwar, daß man Besitzer sei, wird stets den animus sibi possidendi mitenthalten, und also, möchte man denken, die Verwandlung des natürlichen Besitzes in juristischen. Allein dem steht entgegen, daß nemo sibi causam possessionis mutare potest — ein Satz, der ja den Detentoren nicht minder gilt, als den Besitzern [61]. Also wäre z. B. der Depositar, der aus was immer für Anlaß auf die falsche Meinung kommt, Besitz zu haben, doch wohl das Beispiel von einem Tradenten, wie wir ihn brauchten. Macht er durch Tradition den Empfänger zum Besitzer? Es wird nicht in Abrede zu stellen sein [62].

Nach all dem läßt sich kaum noch behaupten, daß Besitzerwerb aus einer Tradition durch einen Tradenten, der keinem Besitz und auch keine Vollmacht zur Besitzübertragung hat, unmöglich sei. So

---

wieder einen Vorgang unterbreiten dürfe, „aus welchem die erforderliche contrectatio — wenn auch gerade kein loco movere (cf. l. 1 § 2 furt.) — hervorgehe", wie Schirmer, a. a. O. S. 466 fg. — darf hier dahingestellt bleiben.

61) l. 2 § 1 D. pro hered. (41, 5), l. 3 § 19 cf. § 18 u. §. 20 D. h. t., l. 5 C. h. t.

62) arg. l. 47 D. h. t. — quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit — ferner der Umstand, daß Empfänger mit Zuthat einer causa ohne Zweifel usucapiren könnte s. oben lit. A. a. E.

scheint der Versuch, in der traditio possessionis eine Succession nachzuweisen, wenigstens auf diesem Punkte mißlingen zu sollen; die demselben günstige Auslegung von l. 5 C. h. t., das Argument aus dem Schweigen der Quellen in Betreff der „traditio possessionis" durch bloße Detentoren, und jene allgemeineren sprachlichen und rechtlichen Motive zu Gunsten einer Besitzessuccession [63] fangen selbst an bedenklich zu werden. Da tritt nun aber neuerdings wieder etwas für die Succession in die Schranken:

> l. 33 D. h. t. Fundi venditor etiamsi mandaverit alicui „ut emtorem in vacuam possessionem induceret": priusquam id fieret, non recte emtor per se in possessionem veniet. Item si amicus venditoris mortuo eo, priusquam id sciret, aut non prohibentibus heredibus id fecerit: recte possessio tradita erit. Sed si id fecerit, cum dominum sciret mortuum, aut cum sciret heredes id facere nolle: contra erit.

In den hervorgehobenen Worten haben wir, wie man dieselben im weiteren verstehen mag, jedenfalls Einen, der ohne Vollmacht, oder sogar gegen den Willen der nunmehrigen Machthaber (aut cum sciret heredes id facere nolle) tradirt. Die Negative, — daß hier possessio non recte tradita sei — steht fest [64]; fraglich ist, was der Erfolg dieser Tradition sei. Wo der Käufer ohne Beihilfe des Mandatars in den Besitz einzieht, wie in der ersten Hälfte der Stelle — wird er entweder noch gar nicht Besitzer [65], oder aber praedo [66]; gleiches scheint uns müßte dann gelten, wenn er sich einweisen ließe und aber wüßte, daß der Einweisende keine Vollmacht hat [67]; denn das wäre nicht anders, als wenn er ohne

63) s. oben § 2 am Eingang.

64) Vgl. Cujac. Comment. in h. t. ad h. l. Pothier, Pand. ad h. t. Nro. 4.

65) l. 3 § 7 D. h. t. etc.

66) Vgl. l. 5 D. h. t.

67) cf. l. 13 § 1 D. her. pet. (5, 3).

diesen einzöge. Ganz anders, wenn er Vollmacht bei demselben voraussetzt, und voraussetzen darf: dann ist er unmöglich praedo: aber ob er Besitz erwirbt? Müßten wir annehmen, daß er ihn nicht erwirbt, dann wäre der Grund doch wohl kein anderer, als Mangel der Vollmacht; daß er ihn nicht erwirbt, glauben wir aber nach anderweitiger Anwendung des „recte“ annehmen zu müssen [68]. Die Ausleger haben gerade diesen Punkt nicht in Frage gestellt [69].

Verlassen wir aber diesen schwankenden Boden, um wenn möglich bei der weiteren Frage

ad. 2. ob zur traditio possessionis Wille von Seite des Tradenten erforderlich sei — festen Fuß zu fassen. Es läßt sich diese Frage nun aber genauer dahin fassen, ob

a. Tradent überhaupt willensfähig sein müsse? und in dieser Fassung — wenn aus irgend etwas — am sichersten aus dem beantworten, was die Quellen über die Tradition durch furiosi und Unmündige enthalten.

> l. 29 D. h. t. Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat: non ut animo, sed ut corpore desinat possidere: quod est enim facti, potest amittere. Alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere: hoc enim non potest.

Zwei Klassen von Fällen sind durch diese Stelle sicher entschieden: die wo der Besitz solo corpore, und die wo derselbe solo animo verloren geht [70]; in jenen geht er für den Pupillen sine tut. auct. verloren, in diesen nicht; die dritte Klasse dagegen, in denen er animo et corpore verloren geht, also gerade unsere Tradition, ist unbestimmt gelassen. Wer sagt: auch für den Fall der Tradition sei der Verlust ausgesprochen [71] — denkt sich in den

68) wo „non recte solvitur“ — ist gar nicht gezahlt; l. 12, l. 14 § 1 D. solut. et lib. (46, 3).

69) Vgl. Cujac. a. a. O. u. die bei Schulting-Smallenb. Agff.

70) l. 17 § 1 D. h. t.

71) Savigny a. a. O. S. 380, S. 418 Anm. 3.

Worten der Stelle ein unausgesprochenes „solo“ zu animo: Alia causa est, si forte solo animo possessionem velit amittere; — wer sagt: für den Fall der Tradition gelte der Verlust nicht, denkt ein unausgesprochenes „solo“ zu „corpore“ — non ut animo, sed ut solo corpore desinat possidere: — Beide gehen gleich sicher oder unsicher. Für Jenen spricht der Umstand, daß in der Tradition ja doch corpus in contrarium verkehrt, also der Verlust durch allgemeineren Grund begründet wird; für diesen die concretere Thatsache, daß das Aufgeben des Besitzes durch Tradition der blos körperlichen durch Dejection anderwärts als voluntas gegenüber gestellt wird [72]. — Sprechender ist

> l. 11 D. a. r. d. (41, 1): Pupillus .... alienare .... nullam rem potest, nisi praesente tutore auctore; et ne quidem possessionem, quae est naturalis, ut Sabinianis [73] visum est. Quae sententia vera est.

Savigny [74] sucht darzuthun, daß der Pupille die possessio dennoch auf den Empfänger überträgt, wiewohl es heißt, daß er alienare d. h. transferre, tradere nullam rem potest et ne quidem possessionem. Fragt man, was denn das Ding sei, das vom Pupillen s. t. a. nicht übertragen werden kann — denn das ist klar, daß er irgend etwas nicht übertragen kann —, so nennt uns Savigny „das was außer dem Dasein des Besitzes noch ein besonderes Successionsverhältniß voraussetzt, also keine accessio possessionis, und zwar weder für die civilis possessio (ad usucapionem), noch für die naturalis possessio (bei dem alten interdictum utrubi: darauf geht unsere Stelle: ne quidem (eam) possessionem, quae est naturalis)“ [75]. Allein diese Auslegung ver-

---

72) l. 3 § 9 D. h. t. Et si alii tradiderim, amitto possessionem. Nam constat possidere nos donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi dejecti fuerimus l. 5 eod. — Si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nactus sis possessionem ... praedo es.

73) Sabino: Vulg.

74) a. a. O. S. 419. Anm. 3.

75) Vgl. oben Anm. 7.

stößt gegen den schlichten Wortsinn. Während es bei der alienatio rei wirklich die res ist, um deren alienatio es sich handelt, soll es sich bei der parallelen alienatio possessionis um die possessio nicht handeln — überhaupt in der alienatio possessionis nicht die possessio, sondern etwas anderes in Frage stehen. Und auch materiell ist schwer denkbar, daß zur Veräußerung des Besitzes, die für den Pupillen stets einen Verlust enthält, auctoritas nicht nothwendig sei; daß sie dagegen zur accessio possessionis, die dem Pupillen erst auf Grund des verlorenen Besitzes, und nur im alten interdictum utrubi nachtheilig werden kann, nothwendig sein soll. Wir müssen uns darum zu der alten Meinung bekennen, daß diese Stelle eine possessionis traditio in der bloßen Person dessen, der keinen oder einen unreifen Willen hat, nicht zuläßt, und folgerecht auch keinen Erwerb des Besitzes in Person des Empfängers duldet.

Freilich hat man sich auch die Schwierigkeit nie verhehlt, die diesem Ausspruch in l. 2 § 14 u. § 25 D. pro emt. (41, 3) entgegentritt: wo derartiger Tradition Usucapion folgt, wofern nur entschuldbarer Irrthum in Betreff der Person des Pupillen und Wahnsinnigen und ein rechter Besitzestitel vorliegt. Was namentlich Cujacius für einen Ausweg traf, werden wir noch unten zu bemerken Gelegenheit haben; für jetzt genug, daß es auch auf diesem Punkte unserer Successionsfrage an wenigstens scheinbarem Widerspruche nicht fehlt.

b. Daß der Wille desjenigen Besitzers, der überhaupt Willen hat, zu der Tradition seines Besitzes hinzukommen müsse, hat zunächst wieder einige allgemeinere Aeußerungen der Quellen für sich. Wer possessionem durch Tradition erwirbt, erwirbt sie „voluntate" des Tradenten (l. 5 D. h. t.). Possessionis traditio kann bedingt sein: was unmöglich wäre, wenn sie nicht auf der voluntas des Tradenten beruhte (l. 38 § 1 eod.). Darum anstatt „tradere possessionem" auch „cedere possessione" (l. cit. l. 1 § 1 eod.) — ein Ausdruck, der den Willen des Tradenten noch stärker betont. Im Einzelnen aber löst sich die Frage, ob der Wille des Tradenten zur Tradition des Besitzes nothwendig sei, in die

zwei Fragen auf: ob sein Besitz durch einen Dritten ohne Vollmacht tradirt werden könne [76] — ob ein Irrthum des Tradenten, der den Willen, diesen Besitz zu tradiren, ausschließt, auch die Tradition ausschließt. Der ersten dieser beiden Fragen sind wir schon früher obgelegen [77]; und gestreift hat uns auch die andere, da wir auf Grund der l. 34 pr. D. h. t. zu der Ansicht kamen, daß ein Dissensus der Parteien in Betreff des Besitzobjectes den Besitzerwerb aus possessionis traditio ausschließe. Allein dort war in Folge des Irrthums nur Einer mit dem Andern, Keiner mit sich selbst uneins, es fehlte nicht am Willen des Einen oder Anderen, sondern nur am beiderseitigen, zweiseitigen, einstimmigen Willen; hier dagegen fragen wir nach dem Fall, wo der Irrthum den Willen des Einen — des Tradenten — ausschließt: wenn er etwas anderes hingibt, als er hingeben will. Für diesen Fall mangelt es wieder an unmittelbarer Entscheidung der Quellen. Aus l. 34 pr. cit. und l. 18 § 1 eod. scheint sich zwar wenigstens ein Schluß ergeben zu wollen. So sehr sich nämlich diese beiden Stellen sonst widerstreben, so sicher kommen sie darin überein, daß zu der in der traditio possessionis liegenden „Aufgebung" des Besitzes (dimittere possessionem) der Wille des Tradenten gehöre [78]; scheinen also zu bestimmen, daß, wenn es dem Tradenten an Willen fehlt, eine possessionis traditio nicht möglich sei. Allein es darf nicht außer Acht bleiben, daß beide Stellen Fälle vor Augen haben, in denen schon aus anderen Gründen feststeht, daß der Empfänger den

---

76) s. oben § 4 ad 1.

77) s. oben § 4 ad 1. A.

78) l. 34 pr. cit. — quoniam autem in corpore non consensimus, an a te tamen recedet possessio ....; — nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione. l. 18 § 1 cit. Si furioso, quem sanae mentis esse existimas eo, quod forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus, rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis; sufficit quippe dimittere possessionem etiam si non transferas. Illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transfert; imo vult dimittere, quia existimat se transferre.

Besitz nicht erwirbt; daß es in beiden sich also nicht mehr darum handelt, ob eine traditio s. translatio, sondern nur mehr darum, ob eine dimissio non translatae possessionis vorliege; daß sie mithin nur den Satz enthalten, daß ohne den Willen des Tradenten keine dimissio non translatae possessionis stattfinde. Hiernach bleibt es zwar immer noch möglich, daß derselbe Mangel des Willens die dimissio possessionis überhaupt, also auch die translatio oder den Besitzerwerb aus Tradition ausschließe; allein es folgern zu wollen, wäre petitio principii, würde das Wesen der Succession voraussetzen, während es noch fraglich ist, ob Empfänger nicht ohne den Willen des Tradenten Besitz erwerbe, trotzdem, daß tradirt werden soll. — Anderseits muß freilich bedacht werden, daß nach unserer früheren Annahme der Empfänger in irgend einem Consens mit dem Tradenten sein muß, wenn er durch traditio possessionis Besitz erwerben soll (§ 2). Läßt sich das wohl denken, wenn nicht überhaupt der Wille tradiren zu wollen auf Seite des Tradenten da sein muß?

§. 5.

Wir haben nach bestem Wissen hervorgehoben, was für und wider eine Succession in den Besitz spricht; es bleibt nur mehr der Versuch übrig, die Widersprüche zu beseitigen, in denen wir diesen Gegenstand verwickelt fanden. Für einen solchen Versuch möchten sich aber zweierlei Wege darbieten.

1. Irren wir nicht, so steht der Succession nichts entgegen, als die Erscheinung, daß in Fällen und Stellen, wo man unter Voraussetzung einer Succession keinen Besitzerwerb annehmen zu können oder zu dürfen glaubt, die Möglichkeit einer Ersitzung angenommen und aufgestellt wird. In Fällen und Stellen, wo aller Wahrscheinlichkeit nach ein nichtbevollmächtigter Nichtbesitzer fremde Sachen tradirt, oder wo Jemand tradirt, der zwar den Besitz, aber nicht den zur Tradition nöthigen Willen hat, nach dem Begriffe der Succession der Besitz also nicht erworben werden kann, soll der Empfänger unter Voraussetzung der bona fides bezüglich der res aliena,

oder eines probabilis error bezüglich der causa possessionis gleichwohl ersitzen können [79], während wir doch wissen, daß usucapio sine possessione contingere non potest [80], und derselbe Satz auch für longi temporis possessio gilt [81]. Ein Ausweg könnte nun der sein, daß man diesen letzteren Satz selbst abschwächt. Denn ist es undenkbar, daß bona fides, welche die Fremdheit der res zudeckt und heilt, zugleich über die der possessio hinweghilft? und daß der probabilis error, welcher die nicht vorhandene causa possessionis zur vorhandenen macht, dasselbe mit der nicht vorhandenen possessio bewirkt? Körperlich wäre der Besitz vorhanden; ja der ihn hat, hätte den animus des juristischen Besitzers; er will und denkt den Besitz für sich zu haben; allein in Wirklichkeit hätte er ihn nicht für sich, der Besitz, den er hat, ist ein fremder, gleich der Sache, gleich dem Eigenthum, das er für seines hält, und das in der That ein fremdes ist; diese Fremdheit des Besitzes, könnte man denken, wird durch die bona fides und durch den probabilis error mitverdeckt und ersetzt.

Wir müssen nun gleich bemerken, daß es Cujacius ist, der diese Meinung gehabt hat [82]. Er versteht l. 29 D. h. t. dahin, daß ein Pupille s. t. a. keinen Besitz übertragen, überhaupt aufgeben könne; und kommt dann auf den Einwurf, den man hiegegen aus den Usucapionen in l. 2 § 15 § 16 D. pro emt. erheben könnte, folgendermaßen zu sprechen: Non obstat etiam sententia hujus legis l. 2 si a pupillo pro emt. in qua etiam vexant se plurimum: non obstat, tametsi hoc dicat, pro emtore possideri et usucapi posse rem alienam, quam quis a pupillo bona fide possessam bona fide emit, et accepit sine tutoris auctoritate: quoniam, ut statim et liquido respondeam, hoc pro-

---

79) s. oben § 4 ad 1. A.

80) l. 25 l. 3 D. usurp.

81) Vgl. Unterholzner, Verjährunsglehre, 2. Aufl. bearb. v. Schirmer § 93. Donellus, comm. de jur. civ. lib. V. cap. VI. § 1. Pothier, Pand. lib. 41, tit. 3 Sect. III.

82) a. a. O. zu l. 29 D. h. t.

cedit tantum in specie ibi proposita, cum intercessit justus error emtoris existimantis, venditorem esse puberem, vel quia puberem se esse fingebat etc. Iustus error emtoris possessionis et usucapionis occasionem praebet, quamvis et ipso jure nulla translata possessio in emtorem fuerit sine t. auctoritate; quod et similiter in furioso receptum esse utilitatis causa ostendit dicta lex 2 si a furioso — Et si libet potes hac de re consulere observ. 24. cap. 30[83]. Unmöglich will Cujacius sagen, daß der justus error zu wirklichem Besitz verhelfe (possessionis occasionem praebet); denn dann wäre dieser für den Pupillen nothwendig verloren; und auch nicht abzusehen, warum gerade blos der justus error, warum nicht überhaupt der Wille zu besitzen dieselbe Wirkung habe. Sein Gedanke kann nur der sein, daß justus error zu der „Gelegenheit" d. i. in die „Lage" oder zu dem Vortheil des Besitzes und der Ersitzung führe.

In unserer Usucapionslehre scheint dieses Cujacische Problem verschwunden, vielmehr niemals aufgenommen worden zu sein. Darin liegt zwar noch kein Beweis gegen dasselbe, wohl aber ein Anzeichen, daß die Quellen wenig oder nichts dafür enthalten mögen. Und in der That finden wir in ihnen keine weitere Stütze dafür.

2. Ein anderer Ausweg wäre der, daß man innerhalb des Besitzerwerbes aus Tradition zwei Gattungen von Fällen unterschiede: solche, in denen die Tradition lediglich possessionis traditio sein will, und solche, in denen res, corpus, mithin nicht nur Besitz,

83) Interdum pro emtore usucapionem procedere, etiam si nulla sit emtio, nulla traditio. So der Titel. Dann: Vera est Sabini sententia, ne possessionem quidem naturalem . . . pupillum s. t. a. alienare vel amittere posse . . . . Nec est, quod tam anxie laboret Accursius in l. 2 § si a pupillo. Pro emt., quam sententiae Sabini valde adversari putat . . . . quia et si mero jure venditio nulla sit, traditio nulla, tamen justus error emtoris faciet, utilitate id exigente negotiorum gerendorum, ut qualisqualis venditio illa et traditio emtori possessionis et usucapionis praebeat occasionem.

sondern die Sache überhaupt, Eigenthum, erworben und tradirt werden will; und daß man eine Succession in den Besitz nur für die erste Gattung von Fällen annähme. Die Unterscheidung der beiderlei Fälle an und für sich wird vor allem durch die Natur der Sache selbst geboten. Bloße possessionis traditio war z. B. noch möglich, wenn ein Grundstück mancipirt[84] — eine dem Testator quiritisch gehörige Sache durch Vindicationslegat, oder, nach Proculianischer Ansicht, per praeceptionem vermacht[85] wurde; je nach Art des Vermächtnisses, oder wenn eine Sache adjudicirt, zur Strafe verwirkt, entgegen einem dritten Besitzer per universitatem erworben ist, kann es auch heute noch zu bloßer possessionis traditio kommen; an den Pfandgläubiger, Sequester, Precaristen kommt abermals nur mehr possessionis (nicht rei) traditio vor. Dieser Unterschied drückt sich dann aber auch im Sprachgebrauch der Quellen aus. So reden diese von einem inducere in vacuam possessionem, tradere possessionem bei Grundstücken nach vorgängigem Kauf[86]; unterstellen wir zudem eine vorgänge mancipatio, in jure cessio, so war nur mehr possessiomis traditio möglich; thun wir es nicht, so war gleichwohl nicht fundi oder rei, sondern nur possessionis traditio, wiewohl ex justa causa, möglich[87]; weil hier aber possessio bereits in Eigenthum überging, kann es nicht befremden, wenn mit „possessionem tradere“ der Ausdruck „rem dare“[88] wechselt. In l. 8 D. pro leg. (41, 8) wird „possessionis traditio“ in Ansehung einer „res legata“ erwartet, ohne

84) Vgl. darüber überhaupt, und über den Gegensatz der Mancipations- und Besitzeinweisungsurkunden insbesondere Rudorff, die Pfandklagen, Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. XII. S. 189.

85) Gaj. II, 194.

86) l. 18 § 2, l. 33 D. h. t. l. 2 C. h. t., l. 34 pr. D. h. t. cf. l. 9 pr. D. c. e. (18, 1).

87) cf. l. 1 § 4 D. h. t. Si vir uxori cedat possessione, donationis causa —

88) l. 26 D. don. i. v. et u. (24, 1) si eum, qui mihi vendiderit jusserim „eam rem uxori meae donationis causa dare“ et is „possessionem jussu meo tradiderit“ —.

Zweifel, weil Legatar das Eigenthum schon hat; in l. 33 D. cond. ind. (12, 6) ist derjenige, dem „possessio" tradirt wird, ganz entschieden bereits Eigenthümer. Merkwürdig ist der Wechsel im Ausdruck der l. 33 § 4 D. usurp.

> qui pignori rem dat, usucapit, quamdiu res apud creditorem est; si creditor ejus possessionem alii tradiderit, interpellabitur usucapio; et quantum ad usucapionem attinet, similis est ei, qui quid deposuit, vel commodavit, quos palam est desinere usucapere, si commodata vel deposita res alii tradita fuerit ab eo, qui commodatum vel depositum accepit. Plane si creditor nuda conventione hypothecam contraxerit, usucapere debitor perseverabit.

Bei der Tradition des Pfandgläubigers ist hier nicht an den Pfandverkauf gedacht — daß der die Usucapion unterbreche, stund außer Frage — sondern, wie der Schluß der Stelle zeigt, an eine Weiterverpfändung, und zwar zu Faustpfand; hiezu war allerdings possessionis und nur possessionis traditio nöthig[89]; die Natur des Falles führt hier zur Isolirung und „Spezialisirung" der possessio in der Tradition gerade so, wie wir einen solchen auch in Kauf, Stipulation, Precarium, Miethe[90], Deposition[91], Sti-

---

89) Vgl. l. 13 D. distr. pig. (20, 5).

90) l. 28 D. h. t. — Multum refert, utrum . . . . meam rem conducam . . . . quasi proprietatis respectu, an possessionis tantum. Nam et si rem meam tu possideas, et ego emam a te possessionem ejus rei, vel stipuler, utilis erit emtio, vel stipulatio; et sequitur ut et praecarium et conductio (si) specialiter possessionis solius conducendae, vel precario rogandae animus (utiliter) interveniat. l. 21 pr. eod.

91) l. 17 § 1 D. dep. (16, 3). Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est — daß im letzteren Falle possessio Gegenstand der Deposition sei, dürfte gerade im gegenwärtigen Zusammenhange nicht mehr so befremdlich sein, als es Manchen scheint. Vgl. übrigens Muther, Sequestration und Arrest, im R. R. S. 227 u. die dort Agff.

pulation und Condiction [92], Furtum [93], Aestimation [94], Schenkung und überhaupt Veräußerung [95] finden. Wenn dagegen der Depositar und Commodatar in unserer Stelle die Sache weggaben, ist kein Anlaß, an bloße Weggabe des Besitzes zu denken; darum der Ausdruck „rem tradere“ — derselbe, der uns nirgends begegnet, wo sicher der bloße Besitz tradirt werden will [96].

Aber auch dafür, daß in der letzteren Gattung von Fällen keine Succession in den Besitz stattfinde, wohl aber in der ersteren, fehlt es weder an inneren noch äußeren Gründen. Nicht an äußeren. Denn diejenigen Stellen, aus welchen wir eine Succession folgern zu müssen glaubten, sprachen zumeist ausdrücklich von „possessionis traditio“; nirgends von „rei traditio“. Das Erforderniß des Consenses entnahmen wir aus l. 34 pr. D. h. t., wo von einem der traditio possessionis synonymen inducere in possessionem die Rede ist. Daß man überhaupt willensfähig sein müsse, um Besitz übertragen zu können, fanden wir sicherer als in l. 29 D. h. t., in l. 11 D. a. r. d., wo von dem Pupillen geschrieben steht, daß er „alienare .... nullam rem potest, nisi praesente tutore auctore, et ne quidem possessionem, quae est naturalis.“ Die alienatio possessionis steht aber der alienatio rei ebenso entgegen, wie die possessionis der rei traditio [97]. Daß man ohne Vollmacht fremden Besitz nicht tradiren könne, geht

92) l. 2 D. cond. trit. (13, 3) l. 15 § 1 D. cond. ind. (12, 6) cf. l. 25 § 1 D. furt., dazu Bruns, Recht des Bes. § 5 u. meine Pand. I. Abth. S. 398.

93) l. 1 § 3 D. furt. 47, 2.

94) l. 3 § 11 D. uti poss. (43, 17), l. 21 § 2 D. quod met. (4, 2).

95) l. 4 § 2 D. alien. jud. mut. c. f. (4, 7).

96) s. z. B. l. 1 § 21 D. h. t. l. 9 § 1 D. Publ. (6, 2) l. 9 § 5 D. a. r. d. l. 62 D. evict. (21, 2) l. 14 §. 1 D. peric. (18, 6) l. 2 l. 3 pr. D. exc. rei vend et trad. (21, 3) — und der Name dieser exc. selbst.

97) arg. l. 4 § 2 D. alienat. j. m. c. (4, 7) — der welcher hier possessione cessit, hat unmöglich mehr cedirt, als possessione; er ist als einer, der possessionem transferirt, dem entgegengesetzt, der dominium transferirt, die traditio possessionis ist aber gleich der alienatio p. — sonst könnte sie nicht unter das Edict subsumirt werden, das von alienatio sprach.

ziemlich sicher aus l. 33 D. h. t. hervor; hier handelt es sich aber ausdrücklich um „possessionis“ traditio. Mit weniger Zuversicht wagten wir aus l. 5. C. h. t. den Schluß zu ziehen, daß man wo nicht Vollmacht, den Besitz selbst haben müsse um ihn tradiren zu können; aber wenn dieser Satz dem Rescripte wirklich zu Grunde lag, dann könnte dasselbe auch von einer possessionis traditio ausgegangen sein. l. 21 pr. D. h. t., woraus wir den vorigen Satz a contrario folgerten, spricht ausdrücklich von „possessionis“ traditio. Umgekehrt sprechen diejenigen Stellen, aus welchen wir gegen die Succession argumentiren mußten[98], nirgends von p. t., überhaupt nicht von traditio, sondern vom Erwerb überhaupt. Allerdings muß dem Usucapionsbesitz, aus dem wir folgern, eine Tradition vorhergegangen sein; aber es kann dies — in Fällen, wo Mobilien vorliegen — wirklich rei traditio — außerdem zwar possessionis, aber nur Tradition einer possessio bereits im Sinne natürlichen Eigenthums, nicht bloßen Besitzes gewesen sein[99]. Nur l. 1 § 15 u. § 16 citt. sprechen von Usucapion in Folge des Kaufs von den Pupillen und Wahnsinnigen in solcher Allgemeinheit, daß auch der Pupille und Wahnsinnige mancipirt, in jure cedirt, und dann bloße possessio tradirt haben konnte. Indessen sagt die Stelle bei aller Allgemeinheit doch nicht mehr, als daß Usucapion folge — natürlich alles vorausgesetzt, was außer der justa causa noch zur Usucapion gehört; also vorausgesetzt namentlich auch den Besitz, an dem es — im Sinne dieses Ausweg-Versuches — fehlen würde, wenn Käufer ihn durch eine spezielle Besitzestradition hätte bekommen sollen.

Der innere Grund aber für eine so verschiedene Behandlung des Besitzerwerbes aus Tradition im einen und im anderen Falle läge darin, daß hier der Besitz den Gegenstand der Tradition bildet, dort nicht. Wo res tradirt wird, ist der Besitz nicht Gegen-

---

98) l. 1 § 15 § 16 D. pro emt. l. 2 C. ne rei dom. l. 1 l. 2 l. 3 l. 5 C. reb. non alien. l. 3 C. praescr. l. t. cf. oben § 4 ad l. A.

99) Vgl. oben Anm. 87.



stand der Tradition, sondern Besitzergreifung Mittel des Empfanges; der Empfänger ergreift, wenn wir uns genauer ausdrücken, nicht den Besitz, sondern die Sache; den Besitz erzeugt er erst, indem er die Sache mit dem animus sibi habendi ergreift. Insoweit haben Alle Recht, die da sagen, daß der Besitzerwerb aus Tradition so einseitig, so originär sei, als der aus Occupation. Allein anders verhält sich die Sache, wenn eigens und blos possessio tradirt wird. Hier werden wir die possessio als Gegenstand der Tradition denken müssen; während dort der Empfänger mittelst Besitzergreifung die Sache empfängt, empfängt er hier durch Inhandnahme der Sache den Besitz; der Besitz wird hier durch Sachergreifung nicht erst erzeugt, sondern nur übernommen; er steht vor und über der Sachergreifung da. Ist aber der Besitz einmal Gegenstand der Tradition, gleich res, dominium, so sieht man nicht mehr ein, warum gerade bei ihm die Tradition stillstehen und aufhören sollte, derivativ zu sein.

Zum Schlusse noch ein Wort über l. 46 D. don. i. v. e. u. (24, 1): Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est. Nach Savigny (a. a. O. S. 74 Anm.) „wird hier offenbar nicht der Besitz geläugnet, sondern die Schenkung: es wird also nur behauptet, die Frau besitze nicht pro donato, und darauf geht auch die . . . l. 16 D. de poss.: quod uxor viro aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur“. Allein nicht minder offenbar ist hier die possessio Gegenstand der Schenkung; und die Schenkung auch eines solchen Gegenstandes nur dann nichtig zu nennen, wenn ihn der zu Beschenkende der Schenkung ohnerachtet nicht bekommt; wenn er also den Besitz nicht bekommt, nicht Besitzer wird, „possessionem non suam fecerit“ (cf. l. 15 § 1 D. cond. ind. 12, 6). Denken wir nun die Schenkung als eine possessionis promissio, so läßt sich die Nichtigkeit leicht begreifen; denken wir sie dagegen als possessionis traditio — und daran ist wahrscheinlich allein gedacht —, so wird die besprochene Nichtigkeit nach der herrschenden Ansicht über Besitzestradition unbegreiflich;

nach derjenigen dagegen, die wir bevorworten, leicht verständlich. Kann eine Tradition des Besitzes trotzdem, daß die gemeinen, natürlichen Erwerbserfordernisse da sind, überhaupt einmal fehlschlagen, so mag dies auch noch aus anderen Gründen möglich sein, als von wegen derer aus der successiven Natur des Besitzes. Namentlich läßt sich wohl denken, daß sie auch aus singulären Rechtsgründen fehlschlagen könne. Ist es das Recht, welches neben der natürlichen, einseitigen Besitzerwerbung eine übernatürliche, rechtsartige, durch Creation, zuläßt, so mag es die letztere auch ausnahmsweise aufhalten; also die traditio possessionis für nichtig erklären, wenn sie aus einer verbotenen causa geschieht. — All das aber nur, wenn der Besitz Gegenstand der Schenkung, mithin der Tradition ist. Werden „Sachen" geschenkt, tradirt, dann hält das Verbot nur den Übergang des Eigenthums auf: nur dieses ist Gegenstand der Creation durch den Schenker; den Besitz erwirbt hier der Erwerber, wenn der Ausdruck erlaubt ist, auf eigene Faust. Hieraus erklärt sich l. 16 cit.

III.

Das heutige Peculium.

Von Dr. G. Dietzel, Prof. in Leipzig.

In meiner früheren Abhandlung dieses Jahrbuches, 2. Bd. S. 1—52, habe ich das Peculium (profecticium) bis auf Justinian's Constitution l. 6 C. de bonis 6, 61 dargestellt. Mit dieser Constitution sei die actio de peculio gegen den Vater eine Incongruenz geworden und schon im damaligen Recht obsolet gewesen. Die actio de peculio des prätorischen Edicts und der klassischen Juristen habe ein ganz andres Peculium zur Voraussetzung, als jene Constitution. Dieser Anachronismus im Dogma geht durch unsre ganze gemeinrechtliche Literatur und ist auch von da in die partikularrechtliche Literatur übertragen worden.

Die nachfolgende Untersuchung soll darthun, was aus jenem Justinianischen Peculium in den Particularrechten geworden und ob wirklich daneben noch die actio de peculio Statt und überhaupt Raum habe. Beides ist wohl zu unterscheiden. Auch wenn sich partikularrechtlich ein Peculium im Sinne Justinians aufweisen läßt, so ist damit die Geltung der actio de peculio doch noch nicht constatirt; das Letztere fordert besonderen Beweis. Es ist unzulässig, wenn partikularrechtliche und andere Schriftsteller gegen den Zweifel an der Anwendbarkeit der actio de peculio sich auf die Möglichkeit des Peculium berufen. Man müßte nun erwarten, daß mehr noch, als die gemeinrechtlichen, die partikularrechtlichen Juri-

sten genau untersucht hätten, was denn Peculium im heutigen Rechte sei. Vergebens sucht man darnach, wie in den Partikularrechten selber. Statt dessen verweisen sie, trotz l. 6 C. cit., auf das Peculium der Digesten und übersehen, daß dieses Digesten-Peculium das ganze Adventizvermögen einschließt! Daneben ignoriren sie, wie gleichzeitig mit dem Verschwinden des alten Peculium aus dem römischen System nach zwei anderen Seiten eine große Entwicklung vorging, im Gebiet der Schenkungen an Hauskinder und der Collation der Descendenten. Jedem unbefangenen Beobachter wird die Verwirrung im ganzen Bereich der hier einschlagenden Fragen gerade auf dem partikularrechtlichen Gebiete noch weit drückender erscheinen als auf dem Boden der gemeinrechtlichen Wissenschaft; und man würde jene Verwirrung bedenklich und für gefährlich in einem praktischen Rechte halten dürfen, wenn man nicht die Ueberzeugung gewinnen müßte daß das ganze Verhältniß nur der gemeinrechtlichen Wissenschaft zu Liebe herübergenommen ist. Dies wird demjenigen schon jetzt begreiflich sein, der bedenkt, wie sehr in unser Gebiet eine Theorie hineinspielt, die dereinst als römischer Cardinalsatz verstanden wurde, auch in den Partikularrechten wiederklingt wäre es nur um sie zu beseitigen, die aber immer als unvermeidliches Axiom festgehalten wurde, — die Theorie der Personeneinheit von Vater und Kind. Diese Theorie, die wir gegenwärtig kaum begreifen, hat der actio de peculio in der Wissenschaft wenigstens Existenz und Geltung gesichert.

Aber der Kreis der hier aufzunehmenden Erörterungen dehnt sich noch weiter. Die rechtliche Stellung der Hauskinder neben ihrem Vater ist überhaupt mit in Betracht zu ziehen. Von dem Erlöschen der väterlichen Gewalt in Deutschland abgesehen, wird für unsere Partikularrechte die Unterscheidung von filiusfamilias minor und maior (nicht impubes und pubes) in einer Weise wichtig, wie sie es im römischen Rechte gar nicht sein konnte. Dieser Umstand verdient besondere Beachtung.

Gehört die ganze Lehre mit zu den verworrensten, so wird sie auch noch schwierig dadurch, daß wir im Ganzen nur zwei feste

Positionen haben. Die Theorie der Personeneinheit ist für uns nur noch eine „Erfindung der Juristen"; s. von der Pfordten, Abhandlungen S. 117—136. Zweitens aber wird Peculium gemäß jener Constitution nur als Gabe aus des Vaters Vermögen an das Hauskind verstanden. Höchstens daß sich bisweilen noch der unklare Zusatz findet: „oder was wenigstens in Ansehung seiner (contemplatione patris) von anderen herrührt", so Cod. Max. Bav. I, 5 § 3, Göschen, Vorlesungen 3. Bd. S. 134, Curtius, Handb. des im K. Sachsen gelt. Civilrechts § 166. 167. Von diesem sicheren Punkte gehe ich aus; er gerade bedarf, so sicher und klar er scheint, noch ganz besonders einer strengen Betrachtung selbst für das Justinianische Recht.

I. Das Recht Justinians.

§ 1. Das System Justinians.

Was die römischen Juristen peculium nennen, ist aller Erwerb des Hauskindes — quod ad filium venit, quod filius sibi acquisiit; s. jedoch meine frühere Abhandlung. Das Hauskind wie der Sclave hat als Mensch die Fähigkeit dazu (Peculienfähigkeit), nur daß das Erworbene zum Vermögen des Vaters gehört (in bonis parentum computatur). Seit Augustus nahm man aus dem peculium allen Erwerb militiae occasione; allen Erwerb d. h. ohne Unterschied ob vom Vater her oder sonst — non computatur. Später trat dazu aller Erwerb quasi in castris. Man nannte gleichwohl auch solchen Erwerb peculium, nur daß man ihn als castrense peculium specialisirte. So ergab sich die feste Terminologie, daß vom peculium das castrense immer auch begrifflich ausgeschlossen galt. Von Constantin an lernt man auf die Quelle des Erwerbs sehen (a matre, ab avo u. s. w.) und zugleich auf den Erwerbstitel (materna successio, cuiuslibet tituli largitas i. e. testamentum, fideicommissum, legatum, codicillus, donatio vel etiam intestati successio), vgl. l. 1. 6. 7 C. Th. 8, 18 mit l. 1. 2 C. 6, 60. Damit wird Justinians all=

gemeine Unterscheidung vorbereitet in Erwerb extrinsecus (aliter) und ex patris substantia; die allgemeine Unterscheidung sage ich, denn nicht mehr der Titel, sondern die Quelle entscheidet. Hiermit erklärt sich geschichtlich und sprachlich, wie die Kaiser von Constantin bis Justinian den neuen Erwerb nur specialisiren konnten als res quae patri minime acquiruntur (*τὰ ἀπροςπόριστα — πράγματα* Theophil. II, 9 § 2; *ἀπροςπόριστα πεκούλια* Harmenop. V, 2 § 4). Wenn nun peculium schlechthin allen Erwerb und zwar ein unterschiedloses Ganzes bezeichnete, so hatte eben dieses Wort und sein Begriff mit Justinian definitiv keinen Sinn mehr: denn die Unterscheidung von aliunde und a patre war dem peculium der klassischen Zeit fremd. Es ist allgemein übersehen, daß Justinian den Ausdruck peculium vermeidet und nur specialisirt: a., castrense peculium et quasi castrense b., res quae patri minime acquiruntur c., quod filius ex patris substantia sibi acquisiit. Allen Dreien gegenüber steht das historische peculium, so jedoch daß schon seit Augustus nur noch b. und c. in dem Begriff peculium indifferenzirt lagen. Nur dies führt zum richtigen vollen Verständniß der Justinianischen Gesetzgebung und Sprache. Wäre peculium immer nur das gewesen was unsre Juristen profecticium nennen — quod ex patris substantia venit —, so so begreift man nicht, warum Justinian dem Erwerb extrinsecus nicht das peculium entgegenstellt. Statt dessen vermeidet Justinian den Begriff peculium durchgehend. Dabei geht aber gelegentlich aus einer Stelle klar hervor, daß peculium einst der ganze Erwerb des Sohnes ohne Unterschied der Erwerbsquellen hieß: — — quod in castris acquisierit miles qui in patris potestate est — — proprium eius esse — —; quamquam iure civili omnium qui in potestate parentum sunt peculia perinde in bonis parentum computantur, ac si servorum peculia in bonis dominorum numerantur: exceptis videlicet iis quae ex sacris constitutionibus et praecipue nostris propter diversas causas non acquiruntur, pr. J. quib. non est 2, 12. Vergleicht man damit § 1 J. per quas pers. 2, 9, pr. J. per quas pers. 3, 28, l. 21

C. de coll. 6, 20 und l. 6 pr. l. 8 pr. C. de bonis 6, 61, so ist der Schluß unvermeidlich, daß die Terminologie peculium schon zu Justinians Zeit bei Hauskindern keinen Sinn mehr hatte außer als Reminiscenz und daß das quod ex patris substantia venit weder von Justinian peculium genannt wird noch das peculium profecticium der Neueren ist. Wort, Begriff, Sache ist mit l. 6 C. cit. definitiv verschwunden.

Bedenkt man, daß der Erwerb in castris doch castrense peculium hieß, obwohl weder der Vater das Recht der Ademtio noch die Gläubiger des Vaters das Recht des Verkaufes hatten, so wird man sich wundern, warum für die aliae res quae minime patri aequiruntur der Ausdruck peculium mit dem Zusatze etwa adventicium verschmäht wurde. Es war ja das Recht an solchen res gleich eigenthümlich wie an castrensischen; auch das Wort adventicium war geläufig, was nicht bloß die dos adventicia beweist sondern auch l. 28 D. de reb. auct. iud. 42, 5 — — quia id ex adventicio acquisitum est, non per patrem ad eum pervenit und l. 4 § 1 D. de manum. 40, 1. Das Eigenthum des Sohnes kann es auch nicht wirken, wie Puchta Pand. § 433 meint; denn auch castrense peculium „in bonis parentum non computatur". Vielmehr charakterisirte das Peculium erstens, daß es zum Gebrauch des Hauskindes ist und zwar so lange es Hauskind ist: das trifft eben auch beim castrense peculium zu, nicht aber bei den res quae patri minime acquiruntur; zweitens daß es den unterschiedslosen Erwerb — quidquid pervenerat — bezeichnete. Darum eben konnten diese Sachen weder peculium noch adventicium peculium heißen, nicht weil sie bona sind. Eben darum konnte auch id quod ad patre ad filum venit jetzt nicht peculium heißen; denn dies Wort, ohne weitere Specialisirung, hat einen ganz anderen Inhalt, bezeichnete ein bestimmtes Verhältniß mit bestimmter Wirkung und war in der alten klassischen Weise noch jetzt bei anderen Lebensverhältnissen in Gebrauch, wie diese selber in Uebung. Es wäre nur verwirrend gewesen, das Wort peculium in jenem Fall fortzugebrauchen. Es lag nahe, in § 1 J.

per quas pers. 2, 9 und l. 6 pr. l. 8 pr. C. 6, 61 das Wort peculium zu gebrauchen; Justinian hat es nicht gethan. In einer einzigen Constitution, l. 37 C. de inoff. test. 3, 28 vom J. 532, findet sich freilich Folgendes: — — In castrensibus enim peculiis introducta est et alia subdivisio, et peculii triplex invenitur causa. Vel enim paganum est peculium, vel castrense, vel quod medietatem inter utrumque obtinet quod quasi castrense nuncupatur. „Es ist nicht recht klar, in welchem Sinne der Ausdruck paganum da genommen ist", schreibt Göschen, Vorlesungen III S. 136. Andere z. B. Mühlenbruch, Sintenis beziehen den Ausdruck auf profecticium und adventicium peculium. Puchta aber, Pand. § 433, bemerkt: „Im Gegensatz zum castrense peculium nennen die römischen Juristen jenes erste Peculium peculium in paganis, das aber auch schlechthin unter dem Worte peculium ohne Zusatz verstanden wird. Der Name p. profecticium, welchen die Neueren dem pec. in paganis geben, ist völlig überflüssig, da es nach dem neueren Recht in der That das einzige Peculium ist." Aber die römischen Juristen kennen ein paganum pec. nicht, und die Neueren fassen darunter seit der Glosse[1]) meist auch

---

1) Die Glossatoren kommen übrigens im geschichtlichen wie dogmatischen Theil unserer Lehre der Wahrheit viel näher als die heutige Doctrin. Ich verweise ein für alle Mal auf Gl. zu tit. Dig. de pec.: peculium dicitur multis modis. 3o. castrense vel quasi castrense: adventicium vel profecticium ut C. de inoff. test l. 37. 6o. id quod dominus separavit a suis rationibus et servo concessit; et sic hoc tit. accipitur. Man beachte die Trennung. Ferner Gl. zu l. 17 pr. D. de castr. pec — — Si autem loquaris de prof. vel etiam de adventicio iure veteri, secundum quod omnia habent profecticiam naturam. Unser profecticium ist den Glossatoren durchaus nicht das peculium der römischen Juristen; sondern dieses ist ihnen aufgelöst in adv. und prof. und also für sie schon nicht mehr vorhanden. Daher oben das Sclaven-Peculium sexto unterschieden wird. Vgl. noch die Gl. zu § 1 J. 2, 9 „sine ulla dist." und zu pr. J. 2, 12 „iure communi" und „peculia". Wenn zu paganum in l. 37 C. cit. notirt wird „scilicet prof. vel adv." unter Berufung auf l. 6 pr. l. 8 § 5 C. de bon. 6, 61, so ist klar daß sie strenggenommen nur das advent. meinen; das prof. fügen sie an, weil das klassische peculium in Beide sich aufgelöst hat und weil der Gegensatz gegen castrense

das adventicium. Puchtas Bemerkung ist soweit unbegründet. Der Ausdruck Justinians ist unklar und könnte insofern ignorirt werden. Es liegt nahe, unter paganum peculium nur die res quae patri minime acquiruntur, also das adventicium pec., zu verstehen. In jener Constitution nämlich ist die Rede vom Testiren der Hauskinder, speciell de peculio quasi castrensi; Justinian will neu entstandene Zweifel schlichten Theoph. II, 11 § 6. Nun heißt es: In castrensibus rel. Beim Testiren der Hauskinder ist in castrensibus peculiis „et alia subdivisio", nämlich in Betreff der quasi castrensia; et peculii triplex invenitur causa. Man konnte auch in Betreff der res quae patri minime acquiruntur an Testamentsfähigkeit denken, denn sie sind dem Sohn eigen wie castrense und quasi castrense. Das war die neue Frage, die Justinian in l. 11 C. qui testam. 6, 22 verneint: antiqua lex per omnia conservetur. In Betreff dessen quod a patre ad filium venit war doch nie Zweifel möglich; davon spricht auch Justinian nicht. Da er nun aber an jener einzigen Stelle das Wort paganum braucht, da ferner l. 37 C. de inoff. und l. 11. 12 C. qui test. doch wohl zusammengehören, so scheint darunter nur das pec. adventicium verstanden werden zu müssen. Dieser Ausdruck specialisirte die res quae patri minime acquiruntur (aliunde) als bona filii so gut gegenüber dem alten peculium, wie die Bezeichnung castrense; das alte peculium gab es eben nicht mehr. Ich glaube, daß hiermit die Definition stimmt: quasi castrense quod inter utrumque medietatem obtinet. Man kann doch nicht sagen, daß das quasi castrense in der Mitte stehe zwischen id quod a patre proficiscitur und castrense. Ja bei den res

---

Beide scheinbar vereinigt. Dazu die Summa des Alex. zu l. 11 C. qui test. 6, 22 und ad v. permissum. „sc. ut possint facere testamentum in adventiciis". Wenn man aber aus dem Casus zu l. 11 C. erfährt, daß auch „in profecticiis proprietatem habet filiusf. pater usumfructum", so sieht man, daß die Glossatoren den Unterschied nur quoad originem nicht quoad ius kannten, und die Subsumtion des profecticium unter das paganum erklärt sich nicht bloß, sondern erscheint auch gleichgültig. Dieses Glossatoren-Dogma erhellt noch deutlich bei Zasius u. A. s. unten § 8.

quae patri minime acquiruntur würde die Bezeichnung peculium (paganum) noch besser passen, als bei dem castrensischen Erwerb: denn dort fehlt die testamenti factio und das charakterisirt ja das alte peculium („antiqua lex conservetur") und ferner stellt seit Justinian in den res quae patri non acquiruntur sich der unterschiedslose Erwerb aliunde dar. In dieser neuen Beziehung sehe ich meine Ansicht über das klassische Peculium bestätigt, denn sie ist ein Nachklang davon. So glaube ich auch aus der ganzen Entwicklung erklärt zu haben, daß die mangelnde testamenti factio nicht eine Willkür Justinians ist, wie sie allerwärts erscheint. Wie richtig auch dieser innere Zusammenhang und wie sehr auch ersichtlich ist, daß Justinian die aliae res im Gedanken zum alten peculium stellt, so daß nach Justinians Vorstellung dieses klassische peculium in den aliae res als paganum peculium sich darzustellen und fortzuleben scheint: so zwingt doch Theophilus zu folgender Modification. Paganum peculium heißt jetzt das alte peculium; weil dieses selbst bei Hauskindern nicht mehr vorkommt, so wählte die Schule diesen specialisirenden Ausdruck, der erst jetzt entstand. Paganum peculium ist aber nicht gedacht als der bloße Gattungsbegriff für die beiden Species a patre und aliunde in ihrer Verschiedenheit, so daß man wie vielfach geschieht sagen dürfte: das profecticium ist paganum, das adventicium ist es auch. Vielmehr paganum pec. ist das profecticium und adventicium als Einheit (iuris nomen) d. h. eben das alte peculium, weder das Eine noch das Andre allein. Die Terminologie ist: das ehemalige peculium, jetzt paganum genannt, hat sich aufgelöst in Einzelerwerb a patre und Einzelerwerb aliunde. Der castrensische Erwerb wird nie als paganum peculium gedacht, obwohl er es könnte wenn man im Gedanken bis vor Augustus zurückgriffe. Aber schon die klassischen Juristen machen nie diesen geschichtlichen Rückgriff und halten vom peculium immer stillschweigend das castrense ausgeschlossen; und doch gehörte vor Augustus auch aller Erwerb in castris zum peculium. Es wäre eine abstruse historische Vertiefung gewesen (der übrigens Theophilus, nicht Justinian, nahe ge-

nug gekommen), wenn man von der praktischen Denkweise der klassischen Juristen abgewichen wäre. So und nur so erklärt sich als ein rein geschichtlicher Rückgriff die noch bei Justinian und Theophilus ersichtliche Terminologie: paganum peculium (= das peculium der klassischen Juristen) und castrense peculium et quasi castrense. Das praktische Recht Justinians wies aber auf folgende Scheidung:

a) castrense peculium; hier behielt man das Wort peculium bei. Mit Recht; denn aller Erwerb (sowohl a patre als aliunde) militiae occasione fiel dahin.

b) quasi castrense peculium wie unter a.

c) id quod a patre pervenit.

d) id quod aliunde. Für c allein oder für d allein findet sich weder bei Justinian noch bei Theophilus die Bezeichnung peculium, auch nicht die Specialisirung paganum pec. [2].

---

2) Hiermit stimmt auch Theophilus. Was er *παγανικὸν πεκούλιον* nennt (II, 12 pr.), ist durchaus nicht id quod a patre pervenit, nicht das pec. profecticium, sondern das alte peculium, in dem auch aller Erwerb aliunde aufgehoben ist. Darüber kann bei genauerer Einsicht gar kein Zweifel sein; Theophilus explicirt die geschichtliche Originaldarstellung Justinians. Man kann es gar nicht verkennen, daß ihm *παγανικὸν πεκ.* der ganze unterschiedslose Erwerb ist (*οἷον δήποτε παγ. πεκ.* = qualecumque peculium; *πάλαι δὲ παντοῖον πεκ.* = olim autem omnis generis peculium). Besonders bedeutend ist: *τὰ δὲ εἰρημένα περὶ τῶν καστρενσίων, νόει καὶ ἐπ' ἐκείνων τῶν μὴ προςποριζομένων τῷ πατρὶ* = quae vero de castrensibus dicta sunt bonis, intellige etiam de his quae patri non adquiruntur. Die Rede ist von der Testamentsfähigkeit der filii; in diesem Zusammenhang wäre das letzte offenbar falsch und dem Original widersprechend. Aber wie schon Justinian, so verräth noch deutlicher Theophilus die Gedankenverbindung: aus dem peculium (dem Theophilischen *παγανικὸν*) ist erst das castrense, später die res quae patri non acq. genommen worden. Was noch bleibt — id quod a patre pervenit —, hat auch Theophilus weder peculium noch *παγανικὸν* je genannt, vgl. Theoph. II, 9 § 1; und wenn derselbe, lib. IV, 7 § 4 bei Darstellung der actio de peculio immer nur das Wort peculium gebraucht, so beweist dies nur für mich. Das peculium im alten Sinne war jetzt noch immer bei den Sclaven praktisch und die actio de peculio hier noch immer, wenn auch sehr beschränkt s. § 4, anwendbar. *παγανικὸν πεκ.* zu

Jene geschichtliche Zweitheilung, aus der Justinian in l. 37 C. cit. wegen des quasi castrense eine triplex causa machte, findet sich freilich verworren bei Harmenop. V, 2 § 1: *παγανικόν* und *ἰδιόκτητον* (castrense, quasi castrense, aliae res quae patri minime acquiruntur). Die Verwirrung liegt darin, daß Harmenopulos wie man aus § 2 sieht *παγανικόν* im Sinne von Theophilus versteht; denn § 2 ist wörtlich abgeschrieben. Theophilus aber schließt ins pagnum pec. die aliae res als ununterschiedenes Moment noch ein, wenn er geschichtlich spricht. Auch Harmenopulos will aber in § 1. 2 geschichtlich reden; darum findet sich bei ihm auch die praktische Viertheilung in § 4: *καστρ.*, *ὡςανεὶ*

---

substituiren, wäre nicht bloß unnöthig, sondern auch verkehrt gewesen. Die Unterscheidung castrense, *παγανικὸν*, *τὰ ἀπροςπόριστα* paßte nur auf Hauskinder; und eben weil das alte peculium bei den Hauskindern jetzt nicht mehr vorkam, so nannte man dasselbe als auch die jetzigen *ἀπροςπόριστα* umfassend paganum. Wie man auf diese Bezeichnung kam, glaube ich in § 5 begreiflich machen, wenn auch nicht gerade erweisen zu können. Soviel steht mir fest, daß wo Justinian und Theophilus das a patre und aliunde unterscheiden, die Bezeichnung peculium oder *παγανικὸν πεκ.* nicht gebraucht wird; Beide umschreiben dann nur. — Genau so erklären die Glossatoren paganum und Eg. Baro in Theoph. ed. Reiz I p. 360 Note n. Wenn Harmenopulos V, 2 § 4 *παγανικὰ* definirt *ὅσα ἐξ αἰτιῶν καὶ πραγμάτων τοῦ πατρὸς προςέλθοι τῷ παιδὶ* (quod a patre proficiscitur), so ist dies aus Theophilus nicht zu begründen, wohl aber aber als eine mißverständliche Interpretation leicht zu erkennen. Wie gedankenlos und verworren aber Harmenopulos aus Theophilus geschöpft, ersieht man aus Folgendem: § 1 die peculia sind *ἰδιόκτητα* oder *παγανικά*; § 2 werden vier Unterschiede beider angeführt, aufs Wort abgeschrieben aus Theophilus II, 12 pr., der nur für *ἰδιόκτητον* schreibt *καστρένσιον*; § 4: die peculia sind vierfach a) *ἀπροςπόριστα*, b) *παγανικά*, c) *καστρένσια και* d) *ὡςανεὶ καστρένσια*. a. c. d sind die *ἰδιόκτητα*; über diese aber kann nach Harm. der Haussohn testiren. So erklärt sich, wie er aus dem *παγανικόν* die *ἀπροςπόριστα* ausschließen konnte, und es ist erwiesen daß das Harmenopulische *παγανικόν* in § 4 nicht das Theophilische ist. Nur auf diese byzantinische Terminologie, weder auf Justinian noch auf Theophilus noch selbst auf die Glossatoren können sich die Neueren beziehen, wenn sie paganum gleichsetzen profecticium; aber im pec. profecticium das peculium der römischen Juristen zu sehen, dazu geben nicht einmal die Byzantiner Veranlassung, geschweige denn die Glossatoren. — Die richtige Auffassung des paganum findet sich auch bei Gothofredus in C. Th. II p. 656.

καστρ., *ἀπροσκόριστα* (aliae res), *παγανικά* (quod a patre proficiscitur).

Wie unvereinbar mit den Quellen und mit dem Dogma ich die Lehre der Neueren halte, brauche ich nicht weiter auszuführen; ich sehe nur Mißverständnisse und Ungenauigkeiten späterer Jahrhunderte in das klassische und in das Justinianische Recht hineingetragen. Auch Marezoll's Ausführungen, Ztschr. f. Civ. u. Pr. VIII S. 65—73, mischen Richtiges sehr mit Unwahrem.

§ 2. Das sog. p. profecticium Justinians; Schenkung.

In dem Satz si filiusfamilias — — ex substantia patris sibi acquisiit l. 6 pr. C. 6, 61 und: si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti acquiratur (quae enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est hoc ad eum reverti?) § 1 J. per quas pers. 2, 9 hebt Justinian dem alten peculium, dem zu seiner Zeit sogen. paganum pec. gegenüber den Erwerb a patre als eine selbstständige, völlig geschiedene Erwerbsreihe hervor. Er sagt klar genug, daß das erst sein Werk ist, daß es aber damit secundum antiquam observ., wie beim alten peculium, beim paganum, gehalten werden solle. Noch deutlicher Theophilus II, 9 § 1. Ein Name dafür fehlt, erst Harmenopulos nannte es irrig *παγανικόν*; die Glossatoren nennen es profecticium, wohl auch peculium profecticium, aber stellen es nirgend gleich dem paganum, nirgend dem klassischen peculium. Die Neueren sehen darin sogar dieses und taufen wohl das alte peculium auch profecticium oder paganum peculium, den Glossatoren wie Justinian und Theoph. nebst Harmen. V, 2 § 2 gleich Unrecht thuend. Die Bezeichnung paganum pec. für jenen von Justinian ausgeschiedenen Erwerb hat außer bei Harmenopulos gar keine Gewähr; diesen Erwerb profecticium oder auch pec. prof. zu nennen, ist ein unschuldiges Unternehmen und Opposition dagegen ohne Zweck. Die Opposition darf sich nur dagegen richten, in jenem Justinianischen Erwerb a

patre das alte peculium zu erblicken und dieses peculium, das Justinian paganum nannte, aus Mißverständniß der Glossatoren noch oben drein profecticium zu nennen. Galt der erste § nur der Feststellung der Terminologie, so will ich nun den Justinianischen Erwerb a patre dogmatisch beleuchten.

Justinian's Gabe aus des Vaters Vermögen an den Sohn, dieses pec. prof. der Glossatoren entsteht erst durch den Vater und aus dessen Vermögen. Darin unterscheidet es sich wesentlich von dem klassischen Peculium, dem jenes Moment ex substantia patris unwesentlich, dem vielmehr eigenthümlich ist, daß es ohne den Vater, allein durch den Sohn, und ohne väterliche Gabe entsteht. Die Aenderung Justinians war nur die, daß Alles ex adventicio („ex obligatione“) Erworbene nicht mehr quasi-patrimonium, sondern patrimonium filii wie das castrensische Gut sei; deutlich erhellt dies aus pr. J. per quas pers. 3, 28.

Aber schon im klassischen Peculium finden wir Erwerb vom Vater her und durch den Vater (nicht ex obligatione), nur daß solch directes Vatergut neben dem „ex obligatione“ Erworbenen nicht unterschieden wird; im alten Peculium ist dies indifferent. Freilich wenn vom Vater her Etwas zum Peculium gehören soll, genügt nicht der Wille des Vaters: denn Obligatio gibt es nicht, und Natural-Obligationen fordern eine materielle causa, mindestens pietatis causa; diese aber fehlt bei dem, was in peculii causam versprochen worden, anders bei der dos. Das wird sich bald zeigen. Also ist nöthig „naturalis datio“, wie bei der Schenkung, si quod voluit „ex re sua peculii esse“; der Gegensatz ist „ex obligatione“ = non ex paterna substantia in pr. J. 3, 28.

Schuf nun jede Gabe des Vaters an den Sohn ein Peculiarobject?

Die Frage ist wichtig für das klassische Peculium, wie für das isolirte profecticium Justinians. Unsere Lehrbücher berühren die Frage kaum oder sehr oberflächlich. Die römischen Juristen hatten alle Ursache, ihr genau nachzugehen. Zuvor erinnere ich nur an

zwei Sätze, 1) an die Haftung des Vaters mit dem Peculium für Schulden des Sohnes, nicht bloß seine eignen, und 2) daran, daß Alles was der Sohn in obligatione hat oder ex obligatione, also von Dritten erwirbt, ohne Weiteres in peculio ist[3]. Also der Erwerb ex obligatione ins patrimonium, nicht in peculium, bedarf eines besonderen Momentes z. B. als institor, iussu patris, oder überhaupt patris nomine; oder der Dritte gibt patris nomine: so erworbenes oder geschenktes Gut war nie „peculii", durch den Vater konnte es aber dazu werden „aut quum apud eum esset pro tradito habuit" l. 8 D. 15, 1. Der Vater muß natürlich dies besondre Moment beweisen oder es wird klar durch die Aussage des Dritten: die Wichtigkeit der Frage erhellt z. B. aus l. 23 D. 39, 6 und l. 9 § 1 D. de sen. Mac. 14, 6[4]. Wir dürfen also sagen, bei dem ex obligatione, überhaupt ex adventicio Erworbenen spricht die Vermuthung für das Peculium im klassischen Recht, nicht für das patrimonium patris. Ich habe absichtlich so formulirt wegen einer Frage des heutigen Rechts, davon später. Unrichtig zählt Göschen, Vorles. III S. 134 als Peculium auf „wenn das Kind sich eigens als Repräsentant des Vaters gerirt, es geschehe dies nun freiwillig oder auf des Parens Befehl"; richtig scheidet Sintenis, Civilrecht III S. 149 B. Gleich falsch, wenn Göschen ebenda als Peculium begreift, „was dem Kinde von irgend einem Dritten contemplatione patris zugewandt wird"; auch dies ging nicht ins peculium, nur ins patrimonium. Das praktische Interesse war, daß damit der Vater den Gläubigern des Sohnes nicht haftete, wohl aber seinen Gläubigern. So bei Erwerb von Dritten. Anders bei Erwerb ex patris substantia. Soll auch mit seinem eignen Vermögen der Vater den Gläubigern des Sohnes haften? Diese Frage führt auf die

3) Wieweit ich hierin und in der weiteren Darstellung mit von der Pfordten, Abh. S. 153—170, stimme oder nicht, glaube ich nicht weiter ausführen zu müssen. Wie richtig auch einzelne Bemerkungen sind, so bedarf doch meines Erachtens das Ganze noch wesentlicher Berichtigung.

4) Zu l. 9 § 1 vgl. mein sctum Mac. S. 122.

Hauptfrage zurück, schuf denn jede Gabe des Vaters an den Sohn ein Peculiarobject? Aus jener Frage beantwortet sich diese. Wenn beim Erwerb von Dritten die Vermuthung für das Peculium, so spricht beim Erwerb vom Vater die Vermuthung gegen das Peculium. Die Regel ist: was der Vater dem Sohne gibt, wird nicht peculii. Sie erklärt sich aus meiner Ansicht schon als Consequenz: die Haftung des Vaters, das ganze Rechnungsverhältniß, das gegenseitige Credit und Debet, noch mehr das in tributum vocari sind Momente, die jedes für sich auf die Regel weisen. Was vom Vater an den Sohn gegeben wird und Peculium werden soll, bedarf einer besonderen causa: quod voluit ex re sua peculii esse; das technische Wort dafür scheint concedere. Die Neueren irren wenn sie die „concessio peculii" allgemein verstehen, haben aber auch den Sinn des concedere nicht erkannt. Es liegt darin nur eine specielle causa für eine Gabe des Vaters an den Sohn. Wie sehr dies verkannt worden, ersieht man aus Puchta Pand. §. 438: „Eine Schenkung des Vaters an das Kind ist nichts als Concession oder Vermehrung eines Peculiums," unter Berufung auf Stellen die Nichts beweisen, davon bald mehr; genau so Kraut, Vormundschaft II. S. 631, nicht besser Göschen, Vorl. III. S. 134, 2, kaum richtiger Sintenis, Civilrecht III. S. 165 zu Note 76: „Schenkungen des Vaters an das Kind, welche eigentlich nur eine Vermehrung des Sondergutes bilden," einige Zeilen vorauf: „ohne alle Verwaltung ist Peculium nicht denkbar ausgenommen soweit es aus Geschenken besteht:"[5] Wir müssen vielmehr wie bei jeder Gabe eines Dritten an den Sohn, so auch bei der Gabe des

---

5) Marezoll in d. Ztschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V. S. 176. 194. 209. 240—44 führt weiter aus. Die Schenkung ist eine Art stillschweigender Peculienertheilung; jene ist nur eine nicht ganz passend gewählte Form. Gleichwohl „kann die in Form einer solchen donatio eingekleidete Pekulienertheilung noch ganz besondere Wirkungen haben, welche sich bei dem Tode das parens offenbaren." Aber wenn die donatio nicht gilt, wie kann sie doch Wirkung haben. Die donatio soll nur als in peculium bestehen können, also nicht als donatio, und doch soll sie dereinst wieder als donatio wirken.

Vaters an den Sohn vier causae unterscheiden: zu der causa credendi, solvendi, donandi tritt hier noch als vierte die causa peculii. Der Uebersicht halber will ich alle vier etwas näher betrachten. Der Vater gibt dem Sohn

a) credendi animo. Der Sohn wird sein Schuldner; dann kann der Vater nur deducere nicht adimere, also nicht ante diem: das adimere hat keine Frist, etwas anders daß nicht dolo malo adimirt werde; gegen das deducere vielleicht „pater secum debebit compensare." — Auch der Sohn kann dem Vater credendi animo geben: der Vater wird Schuldner und kann nun soweit er es ist weder adimere noch deducere — peculium augetur. In beiden Fällen gilt: nuda ratio non facit debitorem; ex causa civili computandum est. Vgl. l. 4 § 1. l. 9 § 7. l. 49 § 2 D. 15, 1.

b) solvendi animo. Der Sohn hört auf Gläubiger zu sein. Würde der Vater nicht zahlen was er dem Sohn schuldet, so hätten die Gläubiger des Sohnes auf soviel Anspruch: in peculium imputatur, habebit. Also kann er es nicht zurückziehen; das wäre dolus quominus peculii sit, vgl. l. 4 § 5. l. 7 § 6. l. 9 § 1 D. eod. — Auch der Sohn kann dem Vater solvendi animo geben: der Sohn hört auf Schuldner zu sein. Das ist kein minuere peculium; denn peculium deducto quod patri debetur computatur l. 9 § 2—5 eod. Ganz so, „si (pater) alii (creditori) solvit, non dubito de hoc quin non teneatur quoniam creditori solvitur, et licet creditori vigilare ad suum consequendum l. 21 pr. eod.

c) donandi animo. Was der Vater dem Sohn gibt weder credendi noch solvendi animo, das macht der Wille des Vaters entweder zur donatio oder „peculii." Wenn es nicht „peculii" sein soll, so ist es donatio. Die römischen Juristen unterscheiden genau beide causae. Die Gabe donandi animo wurde nie peculii und darum galt sie nicht; die Gabe ut peculii sit galt. Man beachte: die Gabe solvendi animo macht Peculiar-

object von Rechtswegen (in peculium imputatur); die Gabe credendi animo kann nur deduci und adimi ist nicht blos ausgeschlossen, sondern auch unnöthig (ipso iure minuitur peculium); die Gabe donandi animo macht weder Peculiarobject (non imputatur) noch kann sie deduci, denn sie begründet keine Schuld des Sohnes[6]. Also weil das Geschenkte nicht „peculii" wird, so haftet damit der Vater den Gläubigern des Sohnes nicht; darum kann der Vater zu jeder Zeit revociren: wenn er revocirt hat, so haben die Gläubiger keinen Anspruch „quasi dolo eius factum sit quominus peculii sit," also auch nicht wenn er noch nicht revocirt hat. Dies heißt es: die Schenkung ist ungültig; nimmermehr war sie Concession oder Vermehrung eines Peculium. Dies Resultat und die völlige Geschiedenheit der beiden causae erhellt deutlich aus l. 31 § 1. 2 D. de donatt. 39, 5. (Papin.) und Fr. Vat. § 294—96 (Papin.), so wie aus der Combination in l. 37 § 1 D. de acq. dom. 41, 1. Das Dogma ergibt sich völlig klar aus l. 31 § 1. cit. (Fr. Vat. § 254): eine Mutter hatte neben der dos dem Schwiegersohn Anderes noch übergeben filiae nomine: nec matrem offensam repetitionem habere vel eas recte vindicare, quod vir cavisset extra dotem usibus puellae sibi traditas, quum ea significatione non modus donationis declaretur nec ab usu proprietas separetur, sed peculium a dote puellae distingueretur; iudicem tamen aestimaturum si mater — revocare velit, et verecundiae maternae congruam bonique viri arbitrio competenten ferre sententiam. Als Schenkung wäre es ungültig und könnte immer revocirt werden; als Peculium besteht es und kann zwar revocirt werden, jedoch nicht ohne Weiteres: iudicem tamen rel. Man stoße sich nicht daran, daß das Peculium hier von der Mutter ausgeht; es muß genügen, daß die Analogie des Peculium entscheidet, und hierdurch wird jene Stelle von großer Bedeutung. Puchta's Suppositionen, Pand. § 433 Note

---

6) Daß auch der Vater nicht naturaliter obligirt werde, kann kaum zweifelhaft sein, v. d. Pfordten Abh. S. 188.

d, erledigen sich durch Fr. Vat. § 269 und l. 9 § 3 D. de iure dot. 23, 3, die er übersieht. Die Citate bei Puchta § 438 Note c, Sintenis S. 165, Göschen S. 134 Note 8. S. 136 Note 2 bezeugen nur, daß Schenkung und Peculium weder Eins sind noch sich wie species zum genus verhalten: l. 31 § 2 D de don. cit. sagt, daß wenn bei der Emancipation das Peculium nicht adimirt werde, auch die Schenkung ex post facto Geltung erhalte; also das Peculium gilt als geschenkt, wie bekannt Fr. Vat. § 260. 61, die frühere ungültige Schenkung tritt nun definitiv in Kraft: dort ist ein neues Geschäft, hier Convalescenz. Ferner l. 11. 17 C. de don. 8, 54 sprechen nur von Schenkungen: destinationem magis paternae voluntatis factam quam perfectam donationem pervenisse; ausdrücklich „donationis titulo." Die Gabe in causam peculii ist aber schon jetzt perfect, freilich nicht als Schenkung, und die soll es ja dann nicht sein. Endlich l. 1 § 1 D. pro don. 41, 6 gibt nur eine Consequenz der vorigen Stellen; dazu gehört auch noch l. 2 § 2 D. pro her. 41, 5 und Fr. Vat. § 294, die von allen Dreien unbeachtet geblieben sind. Besonders § 294 Fr. Vat. macht klar worum ich hier streite und bezeugt mit l. 2 § 2 D. cit., daß schon zu Servius Sulpicius Zeit das Dogma feststand. Nur Göschen citirt noch eine Stelle, die anscheinend für ihn spricht: l. 15 pr. D. de castr. pec. 49, 17: Pater milite filio reverso quod donat, castrensis peculii non facit sed alterius peculii, perinde ac si filius numquam militasset (Papin.). Aber die Voraussetzung Papinians ist doch wohl, daß ins Peculium gegeben werden sollte; der Vater hatte die Absicht, die Gabe castrensis peculii facere: das war in diesem Fall nicht möglich. Die Stelle bietet ein Beispiel der Conversion. — Meine Ansicht bestätigt sich aber in einem Fall, wo die sonst ungültige Schenkung wirkt, nicht erst durch Convalescenz. Der Vater kann dem Sohn schenken was dieser ihm schuldet. Wegen der Schuld hätte er deductio; die Schenkung der Schuld kann nur den Sinn haben: dominum concedere servo in peculium habere quod sibi debetur. vgl. l. 9. § 4. D. de pec. 15, 1. d. h. Schenkung der Schuld ist

nothwendig Gabe in peculium, und darum gilt sie: peculium suppletur l. 4. § 1. 5. eod.

d) in peculium — quod voluit ex re sua peculii esse. Eine solche Gabe hat mit der donatio gemein das negative Moment gegenüber der credendi und solvendi causa, unterscheidet sich aber von jener durch das positive Moment ut peculii sit. Was der Vater dem Sohn nur schenkt ist juristisch ohne allen Effect: der animus donandi ist nicht möglich. Aber nach dem römischen Rechtssystem hat das Hauskind ein quasi patrimonium, das peculium: wie aller rechtlicher Erwerb des Sohnes dahin fällt, so lasten auch alle Geschäfts-Schulden desselben eben darauf. Darum auch begründen alle Obligationen zwischen Vater und Sohn ein Guthaben oder Belastung des Peculiums, nicht anders wie ex adventicio. Darum auch gilt eine Gabe des Vaters an den Sohn, obwohl nicht animo credendi oder solvendi, wenn sie nur in peculium bestimmt ist; denn dann ist sie nicht donatio. Und warum? Keineswegs etwa, weil die Bestimmung eine andre ist; in beiden Fällen soll der, dem so oder so gegeben wird, Etwas haben, gebrauchen. Vielmehr entscheidet: die Gabe ut peculii sit ist dem Peculienrechte verfallen — iure peculii filio quaeritur, non ipsi filio. Darum haftet der Vater auch mit dem was er so gegeben hat den Gläubigern des Sohnes; denn das ist objectives Recht, daß aus dem Peculium die Gläubiger Befriedigung suchen sollen. Will der Vater mit dem was er selbst sine ulla ratione gibt nicht haften, so wird er die Gabe nicht in peculium bestimmen; dann ist es eben donationis titulus, unter dem er gibt. Dem entspricht: wenn ein Dritter dem Sohn schenkt, so gewinnt es der Sohn entweder ins Peculium oder direct ins patrimonium des Vaters. So auch, wenn der Vater nur schenkt, bleibt die Gabe direct noch immer im patrimonium, nicht nur indirect durch's Peculium, dem sie ja nicht erworben wird. Diese Ausführungen, die den Lehrbüchern gegenüber fast parador klingen werden, stehen im Zusammenhang mit dem römischen System. Der Sohn erwirbt gar Manches, was doch nicht Peculium und auch nicht patrimonium des Vaters wird, z. B. de-

lictischer Erwerb, mutua pecunia data seit dem sctum Macedonianum; ähnlich steht es mit der Gabe des Vaters an den Sohn donationis titulo. Sie wird nicht peculii, obwohl der Sohn die Sache hat, und eben darum ist sie in bonis patris, nicht aber bloß in bonis patris computatur. So kann ich nun abschließen: die Gabe ut peculii sit ist eine Schenkung an's Pekulium und gilt darum, weil der Sohn iure peculii erwerben kann. Die Gabe bloß donationis titulo ist aber nicht Gabe in's Peculium und darum „ipso iure donationem non facit“ Fr. Vat. § 281. Es erklärt sich, wie die irrige Ansicht Puchta's und der Anderen entstehen konnte; und alle oben bei c angezogenen Stellen treten nun in bestimmtes Licht. Die gewonnene Unterscheidung ist praktisch von Belang. Außer dem schon Angegebenen bemerke ich nur noch: das Geschenkte wie das in peculium Gegebene fällt zwar mit dem Tode des Vaters in dessen Nachlaß als Gemeingut (commune fratrum); es müßte denn jenes ausdrücklich im letzten Willen confirmirt, dieses prälegirt sein Fr. Vat. § 294. l. 12. 13 C. de collat. 6, 20. Dort fragt es sich, ob er das ungültig Geschenkte nun als praecipuum gewinne, hier ob er es als praecipuum fortbehalten soll. Wichtiger noch ist: auch wenn das Peculium nicht prälegirt ist, so kann doch der Sohn dieses Peculium seinen Brüdern gegenüber soweit in Beschlag nehmen, als zur Deckung der Peculiargläubiger nöthig ist, l. 13. C. fam. hercisc. 3, 36, dazu l. 18 § 5. l. 20 § 1 D. eod. 10, 2; die Schenkung dagegen, die nicht confirmirt war, konnte nicht so verwendet werden. Es ist für die spätere Entwickelung von Interesse, kurz anzudeuten, worin sich die Gabe donationis titulo und in peculium glichen. Es genügte nicht ein Versprechen, „sed ea res desiderat naturalem dationem.“ Ferner zog man die Annahme, daß bei der Emancipation das nicht adimirte Peculium für geschenkt gelte, auch auf die ungültige Schenkung herüber l. 31. § 2. D. de don. 39, 5. Beim Tode des Vaters genügte aber Stillschweigen nicht, vielmehr galt für Beide: ausdrückliche Confirmation der Schenkung im letzten Willen (mortis causa donatio, fideicommissum) oder praelega-

tum peculium, Fr. Vat. § 294. 256. 261, wo Savigny irrig „parentis“ streichen will.

So stand die Sache noch im Anfang des dritten Jahrhunderts. Die Entwickelung, die nun beginnt, läßt sich wohl so im Voraus andeuten. Das Peculium löst sich nach und nach auf; dafür gewinnen die Schenkungen an Bedeutung: Beides zusammen hat das Justinianische Recht der Collation zur Folge.

§. 3. Fortsetzung. Collation.

Paulus, Papinianus fordern noch bei der ungültigen Schenkung letztwillige Confirmation; sie galt also nur als mortis causa capio. Das Erforderniß mag entlehnt sein dem Peculienrecht; denn das Peculium war commune fratrum, wenn nicht prälegirt. Nicht undeutlich geht dieser Zusammenhang aus Fr. Vat. § 294 hervor. Bei der Emancipation genügte in Betreff des Peculium unzweifelhaft, daß es nicht adimirt[7] sei: das Peculienrecht, wonach die Gläubiger des Sohnes auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Peculium Anspruch hatten und wonach der Sohn „peculium praecipit“ l. 13 C. 3, 36. l. 20 § 1 D, 10, 2 erklärt dies Dogma. Und es ist mir kaum zweifelhaft, daß im Fall der Emancipation für die Schenkung dies ursprünglich und auch zu Papinians Zeit noch nicht galt: darauf führt Fr. Vat. § 255 in Vergleich mit l. 31 § 2 D. de don. 39, 5, welche letztere Stelle als interpolirt erscheint, sogar in l. 17 C. de don. 8, 54 v. J. 299 möchte ich noch ein Zeugniß dafür finden. Bei der Schenkung des Vaters, der später den Sohn emancipirt ohne zu revociren, mochte man festhalten, daß die Schen-

7) Marezoll Ztschr. f. Civ. u. Pr. N. F. V. 240—44 läßt dies „besonders dann vermuthen, wenn der Vater die Pekulienconcession in die Form einer donatio eingekleidet hat.“ Und es scheint anfangs das Dogma „zunächst blos für den Fall aufgekommen zu sein, wo wirklich eine väterliche donatio dem Peculium zum Grunde gelegen hat. Aber bald ging man einen Schritt weiter und dehnte es auf jedes Peculium aus.“ Ich vermisse dafür jeglichen Anhalt.

kung ja nur als Gabe mortis causa, speciell confirmirt, in Kraft trete; die Gabe in peculium dagegen galt schon jetzt und es war leicht sich für die Fortdauer zu entscheiden, wenn bei der Emancipation das Peculium überhaupt nicht adimirt war, wogegen man für den Fall des Todes beim Peculium Legat, wie bei der Schenkung specielle Confirmation fordern mußte. Denn die Gabe in peculium ist ein Geschäft inter vivos, soll aber über den Tod des Vaters hinaus nicht währen, wie das ganze Peculium. Die Schenkung aber, ipso iure null, kann erst mit dem Tode des Vaters beginnen. Diese Gesichtspunkte führen zu gleichem Dogma beim Tode, zu einem verschiedenen bei der Emancipation. Hiernach erkläre ich l. 13 C. de coll. 6, 20 v. J. 294.[8] (ohne Emendation, wie v. der Pfordten a. a. O. S. 195 will) und l. 2 C. de inoff. don. 3, 29 v. J. 256. Mit dem Ende des dritten Jahrhunderts findet sich aber als ius constitutum anerkannt, daß Schenkungen gelten, wenn sie letztwillig nicht revocirt sind; sie können also jetzt convalesciren, jedoch so daß sie noch immer nur als Gabe mortis causa convalesciren Fr. Vat. § 277. 278. 281, auch wenn das Kind nicht Erbe wurde l. 24 C. de don. 8, 54 v. J. 304. Vielleicht ist nun auch der Satz entstanden, daß Schenkungen, die bei der Emancipation nicht revocirt sind, ebenfalls in Kraft treten. Aber es ist mir unwahrscheinlich; der Schritt wäre zu schnell gemacht und will sich nicht recht vertragen mit dem Dogma, daß Schenkungen nur als mortis causa donationes convalesciren. Die Schenkungen bedurften eben noch dieses Convalescenzgrundes (indiget alieno adminiculo l. 2 C. 3, 29): daher eben l. 13 C. de

---

8) Fein, Collation S. 124—133 verwirft mit Recht, wie Francke civil. Abh. S. 237, die Emendation; aber seine Erklärung geht zu weit. Er denkt so: die Schenkung ist Ueberlassen zum Peculium; wird bei der Emancipation dies Peculium nicht eingezogen, so gilt es als reine Schenkung und kann nicht als praecipuum beansprucht werden. Diese sicher unrichtige Anschauung, wornach die donatio als Ueberlassen zum Peculium verstanden wird, kann hier gar nicht aushelfen; und doch schreibt Fein S. 128 gegen die Glosse: „donare ist und bleibt etwas Anderes als das einfache Ueberlassen zum peculium."

coll. 6, 20 (Nam si is rel.). Es mag auffallen, daß alle speciellen Mittheilungen für diese Zeit fehlen. In l. 17 C. de coll. — „quae in ipsa emancipatione a parentibus suis (ut adsolet fieri) consequuntur“ von Leo v. J. 469 möchte ich aber doch lesen, daß Schenkungen, bei der Emancipation nicht adimirt, durch Stillschweigen noch immer nicht convalesciren. Im hohen Grade wahrscheinlich halte ich es, daß diese Convalescenz erst in Folge der Constitution Justinians l. 25 C. de don. inter vir. et ux. 5, 16 v. J. 528 anerkannt wurde: nun war es ja auch möglich, daß Schenkungen an Hauskinder, unter gewissen Voraussetzungen, convalescirten und zwar mit Rückbeziehung — „ad illud tempus referatur quo donatio conscripta sit; sicut et alias ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt.“ Dann gilt also die Schenkung als Geschäft inter vivos; und nun konnte auch die bei der Emancipation nicht revocirte Schenkung als Gabe inter vivos convalesciren. Ich zweifle nicht, daß l. 31 § 2 D. 39, 5 interpolirt ist neben Fr. Vat. § 255 und daß v. der Pfordten S. 179 ohne allen Grund dieses Dogma schon in Papinians Zeit verlegt; es kann kaum, mit geringer Wahrscheinlichkeit, zu Anfang des 4. Jahrhunderts angesetzt werden.

Mit der eben dargestellten Entwickelung steht die andere Richtung der Collation in Verbindung. Aus dem Recht der collatio bonorum emancipati greife ich einen Satz heraus, der dem Peculienrecht unzweifelhaft entlehnt ist. Der Emancipirte hat nur zu conferiren, was nach Abzug der Schulden als reines Vermögen ihm bleibt; bedingte Schulden bleiben außer Ansatz l. 2 § 1 D. de coll. 37, 6 l. 6 C. eod. 6, 20. Wir wissen aber, daß das Peculium, auch wenn es nicht prälegirt war, nur soweit zur Erbmasse kam, als nach Abzug der Schulden des Sohnes noch übrig blieb l. 13 C. 3, 36. Das prälegirte Peculium gab dem Sohn wenig Vortheile und unterlag außerdem der lex Falcidia und der querela inoff. testamenti, wie die convalescirende Schenkung. Aus dem Recht der collatio dotis hebe ich nur hervor, daß die dos pro-

fecticia auch den Emancipirten conferirt werden mußte. — Als nun das Peculium sich mehr und mehr auflöste in castrense peculium, quasi castrense, bona materna, materni generis, und vom Anfang des 4. Jahrhunderts an das Dogma von der Convalescenz der Schenkung feststand, konnte das alte Recht der Collation nicht mehr bestehen. Die alte Collation ruht auf dem alten Peculium, auf dem Dogma daß aller Erwerb der Hauskinder ex adventicio ins Peculium und daher beim Tode des Vaters in dessen Nachlaß zur Theilung fällt: daher in beiden Fällen nach Abzug der Schulden. Aber darin bestand die Abweichung, daß Peculium und die unbestätigte Schenkung der Erbschaft zu Gute kam, das conferendum nur bestimmten Erben, während die Collation der dos mehr dem Recht des Peculiums folgt. Mit der Convalescenz der Schenkung war leicht ein praecipuum geschaffen, wogegen das praecipuum beim legatum peculium keine beträchtliche Beschränkung der Erben genannt werden kann. Mit der Auflösung des alten Peculium verlor die alte Collation ihren Boden. Das jetzige Peculium zur Erbmasse ziehen für alle Erben und die collatio bonorum emancipati zu Gunsten der sui war eine Unbilligkeit nicht bloß für die emancipati, sondern auch für die sui. Vielleicht bildete sich eben deßhalb das Dogma von der Convalescenz der Schenkungen aus, und vielleicht darf man damit weiter begründen, daß Schenkungen, die bei der Emancipation nicht revocirt waren, noch nicht convalescirten. Die Fiction der emancipati als sui hatte mit dem Zerfall des alten Peculium keinen Sinn mehr. Daher ist schon von Leo in l. 17 C. de coll. 6, 20 v. J. 469 der Gesichtspunkt der alten Collation völlig verlassen: der Unterschied der emancipati und sui ist nun indifferent „ut liberis — iuris sui vel in potestate constitutis — aequa lance parique modo prospici possit." Daher wird schon jetzt nur auf den Erwerb „a parentibus" gesehen: dos, propter nuptias donatio; emancipatis videlicet liberis utriusque sexus, quae in ipsa emancipatione a parentibus suis (ut adsolet fieri) consequuntur vel post emancipationem ab iisdem acquisierint, collaturis. Ich sehe keinen Grund, diesen letz-

ten Satz mit Francke a. a. O. S. 223, v. Vangerow, Pand. II. 1852 S. 393 als Interpolation Tribonians zu bezeichnen,[9] und in dem quae in ipsa emancipatione a parentibus consequuntur das peculium, das nicht adimirt worden, wiederzufinden. Diese zweite Annahme hängt mit der falschen Vorstellung zusammen, daß das alte Peculium eine Gabe des Vaters sei; sie ist unmöglich, wenn man sich überzeugt hat, daß im alten Peculium die Gabe des Vaters weder wesentlich noch einzig ist. Und warum bediente sich denn der Kaiser nicht des technischen Wortes peculium non ademtum?[10] Nur Schenkungen des Vaters sind gemeint, nicht das peculium non ademtum. Freilich entstand nun eine Unbilligkeit: mit dem Tod des Vaters convalescirende Schenkungen waren ein praecipuum, salva lege Falcidia et querela inoff. donationis, da sie nur als mortis causa donatio convalescirten. Darum — ne ex eo iniustum aliquid oriatur — bestimmte Justinian allgemein in l. 20. § 1. C. de coll. v. J. 529: es solle, wenn der Eine eine dos oder donatio propter nuptias conferire, der Andere auch die simplex tantummodo donatio conferiren, nicht blos der emancipatus sondern auch der suus. Schon i. J. 528 aber hatte Justinian die Schenkungen an sui als negotia inter vivos convalesciren lassen — si non amplior sit donatio vel quum amplior esset in actis insinuata sit. Endlich aber hat Justinian in l. 21 C. de coll. v. J. 530 (532) nachträglich zu l. 6 C. de bon. all-

---

9) Dagegen auch Fein, Collation S. 275. und v. d. Pfordten, neue krit. Jahrb. v. Schneider 1844 S. 885.

10) Mit vielen Anderen versteht noch v. Vangerow a. a. O. S. 394 jene Worte vom pec. profecticium. Aber was die Glossatoren und die Uebersetzer der Basilica mit „profecticia bona" meinen, ist nicht das römische peculium, was mit profecticum h. z. T. specialisirt wird, sondern nur eine einzelne Gabe, eine Schenkung eines parens, avus. Siehe auch Francke a. a. O. S. 219. 255 und Fein, S. 275. 200. Und das Dogma dieser profecticia bona der Glossatoren ist doch ganz anders als beim römischen peculium. s. oben Note 1.

gemein für alle „res quas parentibus acquirendas esse prohibuimus“ bestimmt, daß sie frei von der Collation sind, auch ohne Unterschied der sui und emancipati.[11] Ich sehe in dem Allen eine stetige Entwicklung, die schrittweise mit dem Zerfall des alten Peculium auf dem Gebiet der Schenkungen und der Collation vor sich geht. Das Eine bezeugt das Andere. Das alte Peculium ist untergegangen: darum stehen sui und emancipati sich gleich. Die Gabe des Vaters an die liberi (sui und emancipati) steht auch gleich und erscheint als donatio, als simplex donatio. Bei den emancipati gilt sie schon jetzt, wenn und soweit sie als Schenkung gelten kann; bei den sui convalescirt sie als wäre sie schon seit jener Zeit gültig da sie gemacht wurde. Simplex donatio ist nicht bloß der Gegensatz zu mortis causa donatio, sondern der Surrogat-Ausdruck für die väterliche Gabe ins alte peculium. Da es ein solches im objectiven Recht nicht mehr giebt, so kann die Gabe des Vaters nur als donatio erscheinen, wie ehedem da er nicht in peculium geben wollte. In der Convalescenz der Schenkungen als Geschäfte inter vivos ist die Indifferenzirung der sui und emancipati principmäßig ausgesprochen und gesetzlich belegt, daß die Gabe des Vaters nicht mehr als Peculium gefaßt wird. Daher eben simplex donatio im Gegensatz dazu; die Gabe in peculium war sowenig simplex donatio, als die Gabe in dotem und propter nuptias donatio; in letzterer Beziehung ist der Sprachgebrauch der Kaiser schon von Francke a. a. O. S. 208 richtig hervorgehoben worden.

---

11) S. auch Fein a. a. O. S. 192—194. Indem ich auf einem ganz andren Wege mit Fein doch meist zu gleichem Resultat komme, bedaure ich nur, daß er die Entwickelung der Schenkung für das Recht der Collation völlig einflußlos erklärt. Er hätte dies schwerlich gethan, wenn er peculium und donatio streng aus einander gehalten und in dem sog. adventicium die Auflösung des alten peculium gesehen hätte.

§. 4. Das directo condici.

Von einer andern Seite her wird noch das bisherige Resultat unterstützt. In § 8 J. quod cum eo 4, 7 lesen wir, daß in den Fällen des iussus, in rem versum patris, der exercitoria und institoria actio vom Vater „directo quoque“ condicirt werden kann „tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset.“ Gewiß ist, daß nur wo adiecticia qualitas vorhanden, direct condicirt werden kann. Warum fehlt nun die actio de peculio? Absichtlich scheint sie nicht erwähnt, das nimmt auch von Savigny an, obwohl seine Gründe wie die von Ruhstrat nicht zugegeben werden können, s. mein sctum Maced. S. 67—69. Kein Zweifel ist ferner, daß Justinian hier einen alten Brauch anerkennt.

Ich glaube, die Stelle in Zusammenhang bringen und erklären zu können. Die Kaiser Honorius und Theodosius 422 erneuerten als anerkannten, wenn auch früheres Digestenrecht abändernden Rechtssatz: Dominos ita constringi manifestum est actione praetoria quae appellatur quod iussu, si certam numerari praeceperint servo actorive pecuniam. Igitur in perpetuum edictali lege sancimus, ut qui servo, colono, conductori, procuratori actorive possessionis pecuniam commodat, sciat dominos — obligari non posse — —; cum nisi specialiter ut pecuniam commodet a domino fuerit postulatus, idem dominus teneri non possit; creditaque quantitate multari volumus creditores, si huiusmodi personis, non iubente domino, nec fideiussoribus specialiter acceptis fuerit commodata pecunia, 2, 31 C. Th. l. 1. Dazu unter demselben. Datum: hoc quoque creditoribus non negamus, ut si liber a rationibus fuerit quas regebat inventus actor servus procuratorve praediorum, utilis actio pateat de peculio, 2, 32 C. Th. l. 1. Diese Bestimmungen finden sich als l. 13 C. quod cum eo 4, 26 wiederholt; und daraus ist § 8 J. cit. entstanden. Das Edict der Kaiser gehört einer Constitution an, in welcher dem Unfug der

Gläubiger begegnet werden sollte, Gothofredus in C. Theod. I. p. 154.[12] Daher „credita quantitate multari.“ Die Kaiser verlangen eine Anweisung des Herrn auf eine bestimmte Summe, und zwar eine Special-Anweisung. Jedoch haften im andern Fall die Bürgen; und es soll auch gewährt sein, daß nach Abzug der Schulden an den Herrn die actio de peculio Statt habe. Das Requisit der Special-Anweisung und der bestimmten Summe ist eine wichtige, aber in der neueren Literatur völlig unbeachtete Ausnahme gegenüber dem Digestenrecht in l. 1 § 1 D. quod iussu 15, 4; dazu Gothofredus in C. Th. I. p. 228. 229. Die gesetzlichen Erfordernisse sind nun wie in dem Fall der l. 5 pr. D. eod. und ich zweifle nicht daß die Kaiser nicht die actio quod iussu, sondern das directo condicere gemeint haben. Gewiß ist, daß die actio quod iussu nicht richtig von ihnen verstanden worden, wie der Anfang der Constitution beweist. Jene directe Klage erhellt noch daraus, wie die actio de peculio hier auftritt. Offenbar soll damit die schlechthin indirecte Klage angedeutet werden; vielleicht weist auch der Zusatz „utilis“ actio darauf hin. Soviel scheint ferner gewiß zu sein, daß wenn direct geklagt werden konnte, die actio de peculio nicht gewählt werden durfte; eine beachtenswerthe Ausnahme gegenüber dem alten Digestenrecht bei Gaius 4, 74. Unbestreitbar ein geraderer Weg, denn die Zahlung aus dem Peculium im Fall einer Obligatio iubente patre gab ja dem Peculium Recht auf Deckung und Forderung darauf — in peculium imputatur. Bemerkenswerth ist, daß in der Constitution des Honorius und Justinians der Haussöhne nicht gedacht ist; und doch sind die Kaiser bemüht zu erschöpfen servus actor procurator colonus conductor.

Aber nur von certa pecunia sprechen Honorius und Justinian in l. 13 C. cit.; in § 8 J. verallgemeinert Justinian: in summa admonendi sumus (bei jedem andern Contract soll directe Klage

12) Zusammengestellt bei Muther, Sequestration S. 271.

gelten[13]; auch in den Fällen der actio exercitoria und institoria, die ersichtlich erst von Justinian zugefügt sind; ebenso a patre dominove. Da muß nun besonders auffallen, daß die actio de peculio auch hier nicht erwähnt ist, und in l. 13 C. nur in Betreff der servi, coloni u. dgl. Denn nur darauf kann sie bezogen werden. Bedenken wir, wie sehr schon bei Honorius die actio de peculio wegen servi u. dgl. zurückgedrängt ist, so werden wir in der allgemeinen Einführung der directen Klage und in dem absichtlichen Verschweigen der Peculienklage einen sehr unterstützenden Beleg für meine Ansicht finden müssen, daß die Peculienklage wegen Sclaven nur sehr wenig, bei Hauskindern nicht mehr in Gebrauch war. Das directo condicere bezeugt so gut die Umwandelung, wie die Collation und die Convalescenz der Schenkungen als negotia inter vivos.

Wie mit diesem directo condicere die von mir vorgeschlagene Formel der actiones adiecticiae qualitatis stimmt, brauche ich nur zu erinnern; jenes erklärt sich leicht aus dieser. Zugleich aber bestätigt sich meine Ansicht vom Peculium; ein directo condicere ist gerade zu unmöglich, weil das peculium ist quasi-patrimonium, nicht directes Vater-Gut, und weil ein „quasi iussu contrahere" nicht entfernt untergelegt werden kann. Eben darum hat auch wegen in rem versum das directo condicere Statt, weil dadurch direct das Vater-Gut betroffen wird; daher schon Ulpian: quasi cum ipsis potius contractum videatur. Daß endlich die Consumtions-Lehre mit dem directo condicere nichts zu thun hat,

---

13) Justinian rechtfertigt: „quia huius quoque iussu contractum intelligitur." Damit tritt der Bezug zum Edict des Honorius bestimmt hervor; die Beschränkung dieses Edicts erklärt sich aber aus früherem Dogma s. l. 29 D. de reb cred. 12, 1: Si servum institorem dominus habuerit, posse dici Julianus ait condici ei posse quasi iussu eius contrahatur (daher l. 19 § 3 D. de iud. 5, 1), ferner l. 84 .D. pro socio 17, 2: Quoties iussu alicuius rel. Durch Alles Dies widerlegt sich v. Savignys Erklärung, Oblig. II. S. 34 als unhaltbar; und meine Bemerkungen im sctum Mac. a. a. O., hier theilweise berichtigt, bestätigen sich.

wie Ruhstrat meint und Francke, civil. Arch. XXIII S. 422, wird sich wohl aus meiner Abhandlung in diesem Jahrbuch 2. Bd. S. 415—442 ergeben.

Das hier gewonnene Resultat halte ich völlig gesichert; mögen noch immer zu Justinians Zeit diese vier actiones adiecticiae qualitatis mit der directen Klage concurriren — was mir bei dem neuen Verfahren wenig glaubhaft, jedenfalls bedeutungslos erscheint —, so wird sich doch die Meinung derer besonders unterstützt sehen, welche im gemeinen Recht jene vier Klagen als obsolet betrachten. Das Dogma der directen Klage heut zu Tage scheint damit geschichtlich bewiesen; und ich werde daran bei anderer Gelegenheit wieder anknüpfen.

§ 5. Abschluß.

Eine Gabe des Vaters an das Hauskind konnte nach dem Digestenrecht entweder donatio oder peculii sein. Die Gabe ut peculii sit kann man der donatio vergleichen, eine simplex donatio ist es nicht; nimmermehr aber ist die donatio eine Vermehrung des Peculium. Mit dem Geschenkten haftet der Vater nicht, natürlich auch nicht mit dem was der Sohn mit dem Geschenkten gewonnen hat (quod ex re patris obvenit) § 2. Seitdem die Schenkungen convalesciren, erscheinen sie als mortis causa donatio; seit Justinian endlich, unter Umständen, convalesciren sie als negotia inter vivos: bis zum Tode kann der Vater frei widerrufen, also kann er auch damit jetzt nicht haften; sonst wäre sein Widerruf nicht frei. Und weil sie so convalesciren, erklärt sich, unter Umständen, die Collation der simplex donatio die Justinian anordnet (ne ex eo iniustum aliquid oriatur), da seit Leo die Emancipirten ja auch conferiren mußten, was sie bei der Emancipation oder später a parentibus geschenkt erhalten hatten. Mit der Zerschlagung des alten Peculium mußte das Collationsrecht sich ändern. Da der Erwerb ex adventicio nicht mehr zur Theilung kam, wenn der Vater starb, so konnten auch die emancipati nicht mehr Alles conferiren. Es konnte nur entscheiden, was vom Vater

her kam: dos, donatio propter nuptias, quae a parentibus in emancipatione consecuti sunt. Das letztere generalisirt Justinian in simplex donatio (§ 3). Ich sehe hier nur eine genau entsprechende Entwicklung auf drei Gebieten zugleich. Die Collation Leo's und Justinians ist ein sprechendes Zeugniß, daß das alte Peculium vergangen ist; was das alte war, das sind die neuen „res quae patri minime acquiruntur.“ Das sog. peculium profecticium aber, von Justinian nirgend peculium genannt, ist die simplex donatio, frei widerruflich bis zum Tod; ganz natürlich, denn eine Gabe ut peculii sit ist jetzt nicht mehr möglich. Was der Vater so gäbe, könnte um die Analogie mit dem alten Recht durchzuführen nur dem Erwerb extrinsecus gleichstehen. Solcher Erwerb aber ist nicht mehr peculii — in bonis parentis non computatur. Also bleibt eine Gabe des Vaters an ein Hauskind, die nicht dos oder donatio propter nuptias ist, nur als simplex donatio möglich. Darum gibt es eine Haftung de peculio nicht mehr. Hiermit stimmt das directo condicere (§ 4).

Für die beiden auseinandergelegten Bestandtheile des alten peculium, des zu Justinians Zeit sogen. paganum peculium, für das a patre und aliunde, jedes in seiner Isolirtheit gedacht, ist die Lehre des alten peculium soweit möglich Vorbild; das alte peculium gibt die Richtung auch und namentlich für den Erwerb aliunde. Daher und nur daher erklärt sich, daß der mündige Haussohn doch nicht über die aliae res testiren kann — antiqua lex conservetur l. 11 C. 6, 22 [14] —; insoweit „nemo — — existimet aliquid esse innovandum.“ Die Gedankenverbindung Justinians läßt schwerlich Zweifel zu. Dieselbe Bestimmung findet sich

14) Diese Bestimmung ist im Justinianischen System keine Inconsequenz, keine Willkür, aber allerdings eine Singularität, die ich glaube aus der Geschichte erklärt zu haben. Ob sie noch im heutigen gemeinen Rechte bestehen dürfe, ist eine ganz andere Frage. Dies gegen v. d. Pfordten Abh. S. 145—48. Es ist falsch, das castrense peculium als Vorbild für das adventicium zu denken, und völlig werthlos zu fragen, ob und wieweit dieses jenem gleichstehe.

in l. 8 § 5 C. de bonis 6, 61, beide von demselben Jahr und Datum, so daß l. 11 C. 6, 22 nur ein Auszug scheint. Das Originalgesetz l. 8 § 5 C. gibt noch weiteren Blick: — — Filiis autem familias — — — nec de iisdem rebus testari permittimus, nec citra eorum voluntatem — — ulla licentia concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare vel hypothecae titulo dare vel pignori assignare. Im alten Peculium war die Fähigkeit zu letzteren Geschäften bedingt, je nach Umständen solche Akte gültig oder ungültig, die ganze Frage mehr quaestio facti als iuris, s. meine Abhandlung in diesem Jahrb. II. S. 17. 18. Aus der neueren Zeit fand Justinian nur Bestimmungen vor über das Peculium der servi, coloni; dies war ja noch das klassische Peculium. Aber der Sclave hatte nicht mehr so freie Hand. Im J. 422 bestimmten die Kaiser Honorius und Theodosius, daß ein Sclave, colonus u. dgl. „invito vel inscio domino“ nicht Grundbesitz verpfänden könne; daß er nicht veräußern dürfe, war schon früher bestimmt von Valens und Valentinian. Jene Constitution v. J. 422 gehört zu demselben Edict, das ich schon in § 4 erwähnt habe, und bezog sich auch auf das Peculium „et si qua propria habeant,“ Gothofredus in C. Th. I. p. 226. 460; l. 8 C. si aliena res 8, 16 — l. 17 C. de agricol. 11, 47 — l. 2 C. in quib. caus. 11, 49 — — quum saepissime decretum sit, ne quid de peculio suo cuiquam colonorum ignorante domino aut vendere aut alienare liceret. Wir haben hier die Frage, die im Digestenrecht als quaestio facti erscheint, objectivrechtlich entschieden: es ist eine neue Kaiser-Bestimmung, die wiederum zeigt wie verkümmert selbst das Sclaven-Peculium jetzt ist und wie spärlich die actio de peculio hier in Anwendung kommen konnte. Unter dem Eindruck dieses neuen Kaiserechts verweigert Justinian den Hauskindern neben der Testamentsfähigkeit das Recht der Veräußerung und der Verpfändung jener „res quae patri non acquiruntur,“ die früher das Peculium ausgemacht hätten. Diese Beziehung wird dem nicht gesucht erscheinen, der sich erinnert wie nahe auch in der kaiserlichen Legislation das Recht der Scla-

ven und Hauskinder noch immer steht; sie wird aber noch von einer andern Seite nahe gelegt. Die Pflicht, die Kinder zu ernähren, tritt im klassischen Recht kaum als eine besondere hervor; natürlich, mit ihren Peculium dürfen sie jedenfalls diese Bedürfnisse decken. Daher die Verbindung des in rem patris peculiumve versum in einer Formel. Mit der Zerschlagung des alten Peculium und mit dem alleinigen und unbeschränkten Nießbrauchsrecht des Vaters an den res quae p. minime acq. muß jene Pflicht als eine besondere hervortreten. In diesem Zusammenhang erwähnt denn auch Justinian in l. 8 § 5 C. cit. diese Pflicht: quum enim parentes alere eos compellantur, quare ad venditionem rerum suarum prosilire desiderant? Auch bei den servi, coloni war jetzt die Pflicht der Ernährung der leitende Gesichtpunkt des neueren Rechtes und Lebens[15]: daher ihr Peculium todt für den eignen Verkehr, daher die oben gedachten Kaisergesetze. Damit ist zugleich begründet, daß jetzt actio de in rem verso und de peculio völlig von einander geschieden sind; und hiermit stimmt trefflich das directo condicere (§ 4) im ersten Fall: in rem versum (in morbum u. dgl.) steht nun völlig gleich dem iussus, woran schon Gothofredus in C. Th. I. p. 228 erinnert. Aufs Neue aber erhellt, wie sehr auch bei den Sclaven die actio de peculio zurückgeschoben war.

Die eben gezogene Parallele wird mir noch sichtbar aus l. 7 § 6 D. de don. 39, 5: Haec omnia locum habebunt in paganis; ceterum qui habent castrense peculium vel quasi castrense, in ea conditione sunt, ut donare et mortis causa et non mortis causa possint quum testamenti factionem habeant. In § 1—5 führt Ulpian aus, daß der Sohn aus dem Peculium nicht schenken kann, außer mit dem Willen des Vaters. Zu Ulpians Zeit kannte man nur peculium, castrense peculium vel

15) Vgl noch l. 22 § 1 C. de agric. 11, 47 — — et dominus terrae, quia per patrem ei satisfiebat, non etiam eius (filii) praesentiam exigebat rel.

quasi castrense. Der Satz haec — in paganis ist nun ebenso schleppend, als durch das Wort in paganis auffällig. Wenn irgend, so liegt hier eine Interpolation vor. Wie beim peculium, das Ulpian kannte, so — faßten die Compilatoren in der neuen Sprachweise zusammen — so gilt dies Alles in paganis. Vergleicht man damit l. 8 § 5 C. cit. — „nec citra voluntatem eorum rel.," so wird man in Verbindung mit l. 37 C. de inoff. test. 3, 28 (s. oben S. 63) sich versucht fühlen, in paganis mit besondrer Hinneigung zu den res quae patri non acquiruntur zu verstehen. Und nun glaube ich, im Stande zu sein den Ausdruck paganum peculium selber erklären zu können. Vom 4. Jahrhundert an finden wir die Sclaven in einer Reihe mit dem colonus, actor, conductor, procurator possessionum: die Vermögensverhältnisse dieser neuen Klasse gleichen denen der Sclaven, und doch auch wieder sind Beschränkungen der coloni u. dgl. auf die Sclaven übertragen. Besonders sind die coloni den servi verwandt; und beider Verhältnisse werden nach einem Gesichtspunkt geregelt. Wir werden nicht irren, wenn wir uns die coloni als die servi dieser Zeit vorstellen; die alten servi sind die neuen coloni, agricolae. Auch sie haben „proprium", und dies heißt peculium schlechthin. Es ist dies jetzt das einzige Peculium im Sinne des klassischen Rechts, nur mit den neuen Beschränkungen. Kaum deutlicher kann das klassische und das neu-kaiserliche Peculium gezeichnet werden als von Arcadius und Honorius in l. 2 C. in quib. causis col. 11, 49 — — quum enim saepissime decretum sit ne quid de peculio suo cuiquam colonorum ignorante domino praedii aut vendere aut alio modo alienare liceret: quemadmodum contra eius personam aequo iure poterit consistere, quem ne propria quidem leges sui iuris habere voluerunt et a c q u i r e n d i t a n t u m n o n e t i a m t r a n s f e r e n d i potestate permissa, domino et acquirere et habere voluerunt. Dazu nehme man l. 21 C. de agricol. 11, 47 von Justinian: — — Quae enim differentia inter servos et adscripticios intelligatur, quum uterque in domini sui positus est

potestate et possit servum cum peculio manumittere et adscripticium cum terra dominio suo expellere? Man beachte den Ausdruck ne proprium quidem sui iuris; sie haben das Recht für sich zu erwerben — proprium —, aber nicht das Erworbene zu vergeben (proprium alieni iuris = peculium)[16]. So ist es eben auch bei den Hauskindern in Betreff der res quae patri minime acquiruntur gegenüber dem castrense peculium; und hiermit erkläre ich, wie man das alte peculium der Hauskinder paganum peculium („in paganis") nennen konnte, während das proprium alieni iuris der coloni und servi noch schlechtweg peculium hieß. Der Gedankengang ist: die Kinder, in potestate constituti, erwerben für sich wie die coloni (die rustici adscripticii, pagani). Die Personen alieni iuris können Eigenes erwerben und haben, aber auch nur alieno jure; und das ist peculium. Und war denn nicht auch das klassische Peculium das Vermögen der personae alieni iuris? Das ist der Grundirrthum der Neueren, daß sie Peculium übersetzen mit Vater-Gut, Herren-Gut; Peculium war Gut der personae alieni iuris, aber weil sie nicht sui iuris sind, irgendwie gebundenes Gut, und das ist noch jetzt zur Zeit Justinians der Erwerb aliunde. Stände Theophilus (Note 2) nicht im Wege, so würde ich in paganum peculium nicht die neue Bezeichnung für das alte peculium, welches die indifferente Einheit des a patre und aliunde ist, sondern nur die Bezeichnung für den Erwerb aliunde sehen. Jedenfalls prävalirt im alten peculium

16) Daher proprium peculium in l. 8 C. de agricol. Vgl. l. 19. 23. § 2 eod; und l. 1 C. de Thrac. 11, 51. Es liegt außer meiner Absicht und dem Plan dieser Zeitschrift, in der Darstellung des Colonats und ähnlicher Verhältnisse die Parallele und das Kaiserrecht weiter zu verfolgen; ich verweise heute auf Gothofredus in C. Th. I. p. 227. 453. 460 und v. Savigny, verm. Schr. II. S. 14. 35. 45, welcher dem Punkt, der mich beschäftigt, nicht weiter nachgeht. Es ist interessant zu sehen, wie die Sclaven der spätern Kaiserzeit den Sklaven Amerikas ähneln: Beide sind für den Verkehr so gut wie nicht vorhanden, sie arbeiten nur für das Haus. — Vgl. noch l. 1 C. 6, 60 — — Docere enim pater debet proprii iuris eam rem esse.

der Erwerb aliunde so sehr und ist auch so von Justinian gedacht, daß die Identificirung von paganum peculium mit dem alleinigen Erwerb aliunde gerechtfertigt wäre. Der Name peculium darf nicht befremden und fremdartig erscheinen, wie ich nachgewiesen zu haben glaube. Und die Bezeichnung der Glossatoren pec. adventicium für den Erwerb aliunde ist nicht „durchaus falsch und begriffsverwirrend," wie man unter dem Schein der Berichtigung vorwirft. Jedenfalls ist das paganum pec. Justinian's nicht das profecticium der Späteren (§ 2). Dieses ist nur simplex donatio mit Allem „quod ex re patris obvenit"; diese Schenkung kann convalesciren und kann collationspflichtig sein; sie ist revocabel, ohne daß dolus malus möglich ist, im Gegensatz der alten ademtio peculii.

Das Letzte wird noch aus einer Stelle Justinians klar, die ich zum Schluß mittheile und die der ganzen Darstellung zum gesetzlichen Beleg dienen mag. Der Vater hat am adventicium den Nießbrauch und kann dafür nicht angehalten werden, die Schulden des Sohnes zu bezahlen. Er kann aber auch den Nießbrauch dem Sohn zurückgeben. Nach der Ansicht der Neueren wäre das peculium profecticium: also müßten die Revenüen und was damit etwa erzielt wäre — quod ex re patris obvenit — beim Tod des Vaters zu dessen Nachlaß gezogen werden. Statt dessen lesen wir in l. 6 § 2 C. de bon. 6, 61 — — Sin autem res sibi memorato modo acquisitas (Revenüen) parens noluerit retinere sed apud filium — — reliquerit, nullam post obitum eius licentiam habeant heredes alii patris — — eundem usumfructum vel quod ex hoc ad filiosfamilias pervenit, utpote patri debitum sibi vindicare, sed quasi diuturna donatione in filium celebranda qui usumfructum detinuit, quem patrem habere oportuerat, ita causa intelligatur, et eundem usumfructum post obitum patris ipse lucretur, parente ius exactionis quasi sibi debitae a filio qui usumfructum consensu eius possidebat, suae posteritati vel successioni minime transmittente, quatenus in omni

pace inter se successio eius permaneat nec altercationis cuiusdam maxime inter fratres oriatur occasio. Eine Gabe des Vaters liegt vor; denn der Nießbrauch ist sein (res — memoratas), wozu auch gehört quod ex hoc ad filium pervenit. Es ist also ganz was die Neueren pec. profecticium nennen: „si quid ex re patris ei obveniat“ § 1 J. per quas pers. 2, 9. Justinian aber sagt: es ist Schenkung, die täglich sich wiederholt (diuturna; Bas. καθημερινῆς = diurna), darum keine simplex donatio. Jeder neue Tag steigert die Schenkung; bis zum Tode kann jeden Tag der Vater den Nießbrauch an sich ziehen, jeden Tag kann er die Continuatio unterbrechen. Aber post obitum patris ipse lucretur, nun ist definitiv entschieden; und das Recht des Vaters, wieder an sich zu ziehen, haben dessen Erben nicht — parente minime transmittente. Also auch nach dem neueren Recht keine Collation; denn es ist zwar donatio, aber keine simplex donatio.

So steht wohl fest, daß das sog. profecticium peculium Nichts ist als donatio (simplex — diuturna) und nach deren Regeln zu beurtheilen. Damit fällt die actio de peculio, die ja selbst bei den servi und coloni, wo allein das alte Peculium freilich mit großen Beschränkungen noch fortbesteht, nur eine verkümmerte Gestalt hat und allem Anschein nach nur subsidiär ist.

II. Das heutige Recht.

§ 6. Der allgemeine Standpunkt.

Für die nachfolgende Untersuchung kann ich eine allgemeine Betrachtung über die väterliche Gewalt nach deutschem Rechte nicht umgehen. Diese soll hier so weit versucht werden, als der Zusammenhang mit der Hauptfrage es fordert. Ich glaube festgestellt zu haben, daß es im System Justinians weder ein peculium noch die actio de peculio mehr gibt. Die Frage bleibt also nur noch für die Partikularrechte zu beantworten. Indem ich die Untersuchung hierauf richte, verhehle ich mir das Bedenkliche nicht, das eine Be-

weisführung aus den Land- und Stadt-Rechten hat. Bei solcher Lückenhaftigkeit des Beweises müssen wir auf das System des deutschen Rechtes doppelt Gewicht legen. In dieser Beziehung steht nun fest, daß das Peculium des klassischen römischen Rechts im rein deutschen System durchweg keinen Grund hat. Wenn von einem solchen und der actio de peculio später in den Partikularrechten oder der partikularrechtlichen Literatur gesprochen wird, so müssen wir also darin rein römisches Recht erblicken und allein darnach urtheilen. Die Frage ist dann, ob dieses angebliche Peculium der Partikularrechte zu dem System derselben, das nicht rein deutsch ist, paßt und worin denn jenes bestehen soll. So gewiß es ist daß das sog. profecticium peculium = dem klassischen peculium im rein deutschen System nicht begründet ist, so sicher steht daß das adventicium peculium des Justinianischen Rechts im rein deutschen System innere Beziehungen vorfand. Es ist aber ferner zu beachten, daß die Terminologie der Partikularrechte nur der Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts entnommen worden; und da jene im 17. und 18. Jahrhundert mit Vorliebe gemeinrechtliche und römische Terminologieen hervorsuchen oder andeuten, so muß auffallen wie sie das Wort peculium schlechtweg selbst andeutungsweise meiden. Nur im Cod. Max. I, 5 § 3 findet sich auch der Ausdruck. Bei dieser Lage der Sache werden wir doch in das gemeine Recht zurückgetrieben; und der Beweis hier müßte auch dort genügen, wenn nicht gerade die Partikularrechee den Beweis selber verstärkten. Es wird sich zeigen, daß die Land- und Stadt-Rechte das System des Justinianischen Rechts weit richtiger und bestimmter herausfühlten als die gemeinrechtliche Wissenschaft, und daß sie von dieser sich weniger bestimmen ließen als man nach der herübergenommenen Terminologie glauben möchte. Nur die Schriftsteller des partikularen Rechts haben entschieden unter dem Eindruck der gemeinrechtlichen Wissenschaft geschrieben, so daß die Widerlegung dieser auch jene trifft. Es handelt sich dabei um Nichts anderes als die Hauptfrage, ist das römische Recht der väterlichen Gewalt in Deutschland zur Geltung gekommen oder das rein deutsche in Geltung geblieben,

wenn auch näher bestimmt durch das römische? Ich behaupte das Letztere; das römische Recht hat nur näher bestimmt. Da dies der Standpunkt ist für unsere Special-Frage, so muß er noch mehr gesichert werden als es bis jetzt zu sein scheint. Ich schicke darum kurz das Dogma des rein deutschen und des Justinianischen Rechts voraus und schließe daran das System der Partikularrechte.

I., Das reine deutsche Recht und das klassische römische. In der Vogtei deutete Albrecht auch die Grundlage der väterlichen Gewalt an, Kraut charakterisirte sie als väterliche Vormundschaft. Nur der vorherrschende Gesichtspunkt im deutschen Recht soll damit bezeichnet werden; erschöpfend ist keiner von Beiden, wenn und soweit man Vogtei von Vormundschaft unterscheiden will. Nach Kraut selber, Vormundschaft II. S. 488 wäre es „irrig alle Befugnisse welche nach deutschem Rechte dem Vater über seine Kinder oder deren Vermögen zustehen, aus seiner Vormundschaft über sie abzuleiten". Ein anderer Gesichtspunkt, nach dem das rein deutsche Recht sich bestimmt hat, will mir weitreichender erscheinen und mehr durchschlagend; er schließt auch den engeren Gesichtspunkt der Vogtei und der väterlichen Vormundschaft ein und soll versuchsweise angedeutet werden. Es liegt meines Erachtens in der Natur der väterlichen Gewalt, daß ihr juristisches Wesen nicht absolut aus sich selber bestimmbar ist; sie ist theilweise ein ungemessenes und unmeßbares Verhältniß. Auch soweit sie das nicht ist — und sie scheint ihrem Wesen nach durchweg primitiv zu sein — wird ihr rechtliches Wesen nach einem andern Verhältniß gebildet, wäre es auch nur das Familienverhältniß selber. Aber auch dieses wieder ist im positiven Rechte nicht immer ein so freies selbstständiges Gebilde, als es nach der natürlich-sittlichen Seite erscheint. In der römischen Welt war es eine Nachbildung der politischen Gemeinde — ius ac potestas und entfaltete sich als patria, dominica potestas und manus. In Deutschland ist das Familienverhältniß auch nach seiner juristischen Seite ganz aus sich selbst entwickelt und hiernach die väterliche Gewalt. Der Ausgangspunkt der Familie ist doch die Verbindung von Mann und Frau zu ewiger Lebensgemeinschaft. Diese

Lebensgemeinschaft ist wie für das Verhältniß von Mann und Frau, so auch für das Verhältniß der Kinder zum Vater und selbst zur Mutter im deutschen Recht das entscheidende Moment, der Gesichtspunkt der väterlichen Gewalt [17]. Das Recht der Kinder im deutschen System ist nach dem Recht der Frau in und während der Ehe gebildet. Das klassische römische Recht dagegen kennt die Lebensgemeinschaft von Mann und Frau sowenig als Norm für die rechtliche Stellung der Hauskinder, daß vielmehr die Frau als quasi filiafamilias ihres Mannes galt; und eben darum blieb sie noch filiafamilias ihres Vaters, wenn sie nicht in die manus mariti kam: die Stellung der Frau war also den Hauskindern nachgebildet. Freilich war solche Norm ebensowenig absolut durchführbar als umgekehrt für die deutschen Hauskinder der Gesichtspunkt der ehelichen Lebensgemeinschaft. Es ist eben nur der oberste Gesichtspunkt, von dem aus die eigenthümliche Natur der einzelnen Verhältnisse betrachtet werden muß und Abweichungen schärfer sichtbar werden. Dieser Gesichtspunkt schließt in der deutschen väterlichen Gewalt auch die Vogtei oder Vormundschaft ein. Vor Allem erklärt sich daraus, daß auch dem deutschen Recht nicht ferner als dem römischen der Gedanke lag, die väterliche Gewalt erlösche erst mit dem Tode des Vaters; die Großjährigkeit allein war nach meiner Ansicht kein Endigungsgrund, wie Kraut S. 597 flg. will. Obwohl soweit das rein deutsche mit dem römischen Recht stimmt, so zeigt sich doch die Verschiedenheit des Gesichtspunktes sofort darin, daß das deutsche Hauskind mit der Volljährigkeit ein Recht auf Endigung der väterlichen Gewalt, wenn auch nicht immer auf Abschichtung hat, Kraut S. 595. Ferner finde ich jenen Gesichtspunkt wieder in der vermögensrechtlichen Stellung der deutschen Hauskinder und in der damit sich ergebenden Gültigkeit der Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind, auch der Schenkungen. Aus demselben Grunde waren nach römischem Recht bei der Ehe ohne manus Rechtsgeschäfte, außer Schenkungen, statthaft; und selbst zwischen Hauskind und

---

17) S. auch Beseler, System II. S. 390 flg.

Vater waren nach römischem Recht Rechtsgeschäfte wirksam als naturales obligationes, die das peculium activ und passiv trafen, Schenkungen ausgeschlossen. Ich habe aber früher gezeigt, daß für das peculium des klassischen römischen Rechts der Gesichtspunkt einer Art Societät hervortritt. Man kann schwerlich leugnen, daß hier zwischen beiden Rechten Beziehungspunkte zur Vergleichung geboten sind. Aber sie sind doch nur thatsächlicher Natur. Mag auch nach deutschem Recht hier und da das Hauskind wegen der Gewere des Vaters und wenn es noch nicht zu seinen Jahren gekommen oder vor dieser Zeit stirbt wie vermögenslos erscheinen (s. Falck[18] Schleswig-Holstein. Priv. V. 1 S. 12 Note 21), so ist doch das Dogma der Vermögensunfähigkeit im deutschen Recht nach keiner Seite sichtbar. Die Idee der Lebensgemeinschaft hält davon eben so sehr ab, als ihre Realisirung in solchen Fällen den Schein der Vermögensunfähigkeit erregt; sie führt immer nur zu einem rechtlichen Verhältniß wie zwischen Mann und Frau (nach römischen Recht ohne manus). Und eben das römische Dogma der potestas und Vermögensunfähigkeit fand im peculium die Ergänzung, die aus dem eigensten Princip des deutschen Rechts sich von selbst verstand. Aber bei scheinbarer Aehnlichkeit unendliche Verschiedenheit; denn die Gesichtspunkte gehen auseinander. Daß aber der Gesichtspunkt des deutschen Rechts der erste und unentbehrliche ist, wer möchte das verneinen? Und bezeugt das nicht eben das römische Recht, das in dem peculium jenen Gesichtspunkt wieder aufgriff, den es in der potestas preis gegeben hatte? Die Geschichte des römischen Rechts auf diesem Gebiete ist eine stetige Annäherung an die Idee der Lebensgemeinschaft und eine stetige Abschwächung der potestas; das Genauere gehört nicht hierher und ergibt sich zum Theil aus der früheren Darstellung: das Ende der Entwickelung ist das Verschwinden des peculium durch Auflösung in seine ehedem ungeschiedenen Bestandtheile.

---

18) Das Citat des Sachsensp. I, 5. 1. bei Falck beweist Nichts.

II. Das Justinianische Recht. Der Gesichtspunkt der potestas im Familienverhältniß ist zwar auch jetzt noch vorhanden: aber im ehelichen Verhältniß ist er gänzlich aufgegeben; in Betreff der Sclaven wird man zweifeln dürfen, ob sie nach neuerem Recht noch im Familienverhältniß zu denken sind, unzweifelhaft ist daß die potestas eine andre Wendung genommen hat und nach einer Seite straffer gezogen ist. Das Verschwinden der causa mancipii möchte ich damit in Zusammenhang bringen. In Betreff der Hauskinder ist die patria potestas jedenfalls geschwächt. Zwar währt sie in der Regel noch bis zum Tode des Vaters wenn er nicht emancipirt; und selbst den impubes filius kann er emancipiren, l. 8 § 6 C. de bon. 6, 61. Auch sind noch jetzt Geschäfte zwischen Vater und Sohn inter vivos wirkungslos, nur Schenkungen können convalesciren. Aber das Erbrecht ab intestato und contra testamentum, das Recht der Collation seit Leo und das adventicium bezeugen die Annäherung an jene deutsch-rechtliche Idee der Lebensgemeinschaft, die ja auch im ehelichen Verhältniß jetzt nach römischem Recht allein maaßgebend war; Justinian selbst bezeichnet den neuen Standpunkt mit Rücksicht auf das selbstständige adventicium: „et liberis pepercimus et patribus debitum (honorem) reservavimus." Der Zug des neueren Rechts ist, den Gegensatz der sui und emancipati auszugleichen. Darauf führe ich auch zurück das Nießbrauchsrecht des Vaters am neuen Peculium auf die Hälfte nach der Emancipation; als Vorbild diente das alte Peculium, das der Vater gänzlich einziehen konnte, daher wiederum „exceptis et in hoc casu castrensibus et quasi castrensibus tantummodo peculiis, quibus nihil nec ex hac causa diminuitur" l. 6 § 3 C. de bon. Was uns aber hier besonders angeht, ist daß mit der neuen Idee und mit der Auflösung des alten peculium eine Haftung des Vaters, weil er Vater ist und die Gewalt hat, für die Schulden des Sohnes noch weniger möglich ist als früher. Ja dieses Dogma tritt erst jetzt viel bestimmter hervor; denn ehedem haftete der Vater mit dem peculium, dieses aber war in bonis patris computatum und gehörte dem Vater doch nur, weil er als Vater

die Gewalt hatte. Nicht einmal mit den Renten, die er kraft seines Nießbrauches bezieht, haftet der Vater. Daher sind auch jetzt noch Geschäfte zwischen Vater und Sohn wirkungslos und nicht einmal als naturales obligationes wirksam d. h. sie begründen für das adventicium kein debet oder credit: das castrense peculium ist auch hier noch jetzt die alleinige Ausnahme. Die entgegengesetzte Meinung Anderer halte ich der Justinianischen Legislation gegenüber für ganz unhaltbar [19]. Das alte peculium diente dem Verkehr; weil nun und wie Obligationen zwischen Hauskind und Dritten das Peculium trafen, so auch zwischen Vater und Sohn als naturales obligationes. Das neue adventicium dient nicht dem Verkehr, sondern dem Hause; denn die Pflicht der Ernährung u. dgl. ruht darauf mit. Sowenig nun der Vater Schulden des Sohnes aus demselben oder den Zinsen zu bezahlen hat, sowenig ferner derselbe Forderungen des Sohnes proprio nomine oder nur sine consensu filii eintreiben kann: sowenig können Schulden des Sohnes an den Vater das adventicium mindern und umgekehrt mehren, die Geschäfte wirken nicht einmal naturales obligationes. Ist aber mit Wissen und Willen des Vaters contrahirt, dann haftet der Vater „directo“ ohne alle Rücksicht auf das adventicium und die Renten davon; worin auch liegt, daß er selber den Sohn nicht dafür wieder belasten kann.

Es ist nun aber auch in allen Verhältnissen, die das adventicium angehen activ oder passiv, die Handlungsfähigkeit des Hauskindes genau bestimmt. Dies wird nicht genug beachtet und ist doch für das gemeine Recht und auch die Land-Rechte von Wichtigkeit.

---

19) So v. d. Pfordten, Abh. S. 145—52; es mag immerhin eine Kurzsichtigkeit Justinians sein, daß er nicht das Gegentheil bestimmt. Aber da ihm auch in der Ablösung der beiden integrirenden Bestandtheile doch das alte peculium und nicht das castrense vorstand, so dürfen wir nicht aus dem castrense schließen wenn wir Justinianisches Recht darstellen wollen. Uebrigens aber ist es nicht eine Frage der juristischen Consequenz, sondern fast allein Utilitätsfrage. Der Geist auch noch des Justinianischen Rechts führt nicht auf jene Consequenz. Man hüte sich nur, aus unserer Zeit über jene zu speculiren. — Meine Ansicht findet sich auch bei Marezoll in seiner Ztschr. VIII S. 439.

Ich muß dies ausführlich darstellen auf Grund von l. 8 C. de bon. 6, 61 v. J. 531, die Justinian lediglich zu diesem Zweck erließ. Er unterscheidet

a) prima aetas l. 8 § 3 = puerilis aetas l. 8 § 6 = infantia. Der Vater kann dann „filii nomine" und zwar „sine consensu filii" handeln — Erbschaft u. dgl. erwerben, Processe führen. Doch hat der Sohn „postquam patria fuerit potestate liberatus vel adoleverit" die in integrum restitutio, die er jedoch nicht wieder rückgängig machen kann „adhuc minoribus curriculis instantibus". Man könnte meinen, „adoleverit" deute die pubertas an. Aber in demselben § 6 steht: wenn der Vater den Erwerb ausschlägt infante filio constituto, so kann der Sohn „postea vel adhuc in sacris constitutus vel patria potestate liberatus" noch antreten; jedoch soll weder er noch sein Vormund oder sein Curator dagegen Restitution nachsuchen. Darnach müssen wir wie in dem „postea" so auch im „adoleverit" nicht bloß die pubertas, sondern auch die impubertas verstehen. Der Gegensatz ist nur infantia. Die erste Spur zu dieser Umwandlung und zugleich einen Wink für die Interpretation des § 6 enthält l. 8 C. Th. de mat. bon. 8, 18 von Arcadius Honorius und Theodosius 407, vgl. l. 18 pr. § 4 C. de iure delib. 6, 30; dieses Gesetz wiederum steht mit der Aufhebung der Cretion zusammen l. 4 C. Th. eod., wozu Gothofredus II. p. 655. 661. Dies Alles wird sich auch durch das Folgende bestätigen.

b) secunda aetas = impubertas, l. 8 § 1 C. cit. Dann kann der Vater nicht wider Willen des Sohns ein adventizisches Geschäft vornehmen außer auf seine Gefahr und freilich dann auch zu seinem alleinigen Gewinn; aber der Sohn kann wider Willen des Vaters handeln, nur daß dann Klagen deßhalb den letzteren nicht treffen. Doch hat der Sohn in beiden Fällen das Recht auf Restitution. Hiernach ergibt sich der Satz: der Sohn kann consentiente patre sich verpflichten; dieser Satz galt schon früher in einem Fall (l. 18 § 4 C. de iure delib. 6, 30 s. unter a, wo statt des iussus zur cretio einfacher Consens genügt) und gilt nun

allgemein im Umkreis der Verhältnisse des adventicium. Das Recht in l. 141 § 2 D. de verb. obl. 45, 1: tamen si in parentis potestate est ne auctore quidem patre obligatur ist soweit eine Antiquität geworden.

c) plena aetas = integra aetas = pubertas l. 8 pr. C. cit.[20] Dann kann der Sohn, wie im Fall b, wider Willen

20) Wie Zimmern, Gesch. d. r. Pr. I S. 435, übersieht auch v. Savigny, System III S. 24 Note c die hier gemachte Scheidung und nimmt unrichtig an, „daß das Alter der impuberes und puberes geradezu als prima und secundas aetas bezeichnet werde." Böcking, Instit. 2. Aufl. I S. 152 Note 4 bemerkt dagegen schon richtig, daß die Römer „das Alter vom begonnenen 8. Jahre bis zur Pubertät auch secunda aetas" nennen, beruft sich freilich nur auf Isid. Orig. 11, 2 § 3. Aus l. 8 C. cit. sehen wir aber, daß in der neuen Rechtssprache der Unterscheidung von infantes, impuberes, puberes die andre substituirt wird in prima, secunda, plena aetas; damit wurde den Constantinischen 5 aetates begegnet und die Constantinische Scheidung verdrängt. Wir haben hier in der That eine neue Terminologie und theilweise neues Recht: denn in der plena aetas wird die minor aetas nicht weiter bei Hauskindern unterschieden s. auch Nov. 72 praef. und Nov. 22 c. 24. — Auffällig, daß Zimmern nur l. 30 C. de episc. aud. 1, 4 und l. 10 C. de imp. 6, 26, v. Savigny erst noch l. 8 § 3 C. cit. aber doch nur § 3 anzieht. Aber die ganze l. 8 beweist. L. 30 von Justinian, ebenfalls an Joannes einen Tag früher, zeugt nur gegen Savigny: von Tutoren und Curatoren ist die Rede und Justinian unterscheidet „in curationibus iuniorum sive primae sive secundae sint aetatis aut aliorum quibus lex dat curatores." L. 10 von Justinian, ebenfalls an Joannes einen Tag früher als l. 30, spricht allem Anschein nach mehr für Savigny. Aber es ist auch die einzige Stelle, die jedoch bedeutungslos wird, weil die Frage dort gar keinen Anlaß zur Fixirung der neuen Terminologie gab. Zweien filii impuberes ist substituirt; soll nun der Substitut gerufen werden, schon wenn der Eine gestorben, oder „quum uterque filius eius in prima aetate decesserit." Et placuit Sabino — — quum uterque decesserit; was Justinian sanktionirt „nisi uterque eorum in prima aetate decesserit." Da die Frage nur ist, ob schon der Tod Eines genügt, so sieht man nicht was Justinian mit prima aetas will; die Clausel im Testamente war: si uterque impubes decesserit. Justinians Entscheidung wird aber klar, wenn man in prima aetate nicht mit impubertas, sondern mit infantia übersetzt; der Sinn ist: sind Beide impuberes und Einer stirbt, so wird der Substitut nicht gerufen; stirbt der Eine als infans = in prima aetate, so wird der Substitut gerufen, denn er ist ja nicht als impubes gestorben. Justinian bestätigt die Ansicht des Sabinus, aber distinguirt sie „nisi" rel.

des Vaters handeln, jedoch fällt das Recht der Restitution weg; nur daß auch dann der Sohn den Consens des Vaters zu Processen braucht „necessitate per officium iudicis patri imponenda tantummodo filio consentire vel agenti vel fugienti, ne iudicium sine patria voluntate videatur consistere.“ Wenn der Vater recusante filio das adventizische Geschäft vornimmt, dann trifft ihn allein, wie sonst den Sohn allein, die Klage und „in agendo, et ab aliis pulsando et detrimentum et commodum“; auch hat dann der Sohn dagegen kein Recht auf Restitution. Dies ergibt sich theils direkt aus l. 8 pr. theils aus Vergleich mit l. 8 § 1. 6 eod. Vgl. noch l. 141 § 2 D. de verb. obl. — — „pubes vero“ rel.

d., Wenn aber Vater und Sohn eines Sinnes sind, dann soll der Vater alle auf das adventicium bezüglichen Processe führen „cuiuscunque aetatis filius inveniatur,“ jedoch nur mit dessen Consens; der Sohn wäre denn in prima aetate vel longe absens, l. 8 § 3 C. eod. Sonst führt der Sohn oder der curator bonorum die Prozesse l. 8 pr. § 1. eod.

e) Von Justinian ist zwar der Fall der Delation einer Erbschaft meist nur bedacht, aber es gilt allgemein „et in legato vel fideicommisso vel ubi aliud quidquam ex quocumque titulo sive donationis sive contractus sibi adquirere maluerit“ l. 8 pr. § 6 i. f. C. eod.

Daß aber bei der Pupillarsubstitution oft geschieden wurde — meist bis zum 10. Jahre und von da ab bis zum 14. Jahre, beweisen l. 8 C. de imp. sub. 6, 26 und l. 21. l. 38 § 1, 2. l. 43 § 1 D. de vulg. subst. 28, 6. Justinian interpretirt also nur eine Testamentsclausel und legt dabei die neue Terminologie unter; meine Ansicht wird so nur bestätigt. — Das ganze Gesetz, l. 8 cit. ist nirgend im Ganzen erklärt worden: daher ist in den Lehrbüchern des römischen und gemeinen Rechts kein Gebrauch davon gemacht worden und die neue Terminologie ist nicht erkannt und mißverstanden. Dies gilt auch von Gottschalck, Sächs. Ztschr. für R. u. V. 1838. S. 448—50. Marezoll, in s. Ztschr. VIII S. 384. 86 versteht richtig prima aetas = infantia, secunda = impubertas, ohne freilich das Gesetz ausführlich wie hier zu erläutern und dadurch die allerdings möglichen Zweifel zu beseitigen.

Stellen wir kurz das ganze Dogma zusammen. Der Vater kann jetzt auch dem Sohn in secunda aetate consentiren, so daß dieser verpflichtet wird; ein solcher aber kann auch recusante patre handeln, unbeschadet der Restitution. Der pubes minor aber hat in keinem Fall das Recht darauf. Der Consens des Vaters hat nur die Wirkung, daß er die Processe führen muß; jedoch muß er auch im andern Fall zu den Processen des Sohnes den Consens geben, was eine reine Formalität ist. So im Gebiete des adventicium. Dagegen gilt in castrensibus et quasi castrensib us peculiis das alte Recht, Consens in keiner Weise nöthig. Soll nun in allen andern Verhältnissen, die nicht auf castrensia peculia u. dgl. Bezug haben, noch das alte Dogma in l. 141 § 2 D. de verb. obl. cit. gelten? Ich denke so: wenn aller Erwerb des Sohnes dem adventicium in der Regel gilt, sollen nicht auch alle Schulden des Sohnes dahin zählen? Und soll nun nicht allgemein der Consens des Vaters beim filius impubes bewirken, daß dieser verpflichtet werde? Ich trage kein Bedenken die Frage zu bejahen, nur daß dann auch der Vater directo haftet. Dabei wird sich aber nach l. 8 pr. § 4. 5 C. eod. die Restriction verstehen, daß wenn mit einem bestimmten einzelnen Erwerb ins adventicium Lasten verbunden sind, diese nur aus den bestimmten Fonds bestritten werden: eine directe Haftung hat dann also in keiner Weise Statt. Er ist jetzt nur defensor.

Aus Allem geht hervor, daß der Gesichtspunkt der potestas in der patria potestas sehr zurückgetreten ist, dagegen die Idee der Lebensgemeinschaft, die den Consens des Vaters nöthig macht, bestimmt hervortritt. Eine Haftung des Vaters aus einer Schuld, die der Sohn contrahirte ohne dessen Wissen und Willen, kennt das Justinianische Recht nicht mehr; eine solche war aber die Haftung de peculio im klassischen Recht. Man scheide davon Schulden, die in rem versum sind; dies steht jetzt gleich dem iussus, und damit ist auch processualisch der ehemalige Zusammenhang der actio de peculio de eoque quod in rem versum est gelöst.

Wenn ich nun zu den Land-Rechten übergehe, so sehe ich dabei

von dem adventicium ab und berühre wesentlich nur die Frage über die Haftung des Vaters für den Sohn und über die Geschäfte zwischen Vater und Sohn.

§ 7. Fortsetzung.

III. Die Land-Rechte. Es ist zwar mit dem römischen Recht die Bezeichnung „väterliche Gewalt“ statt „Vormundschaft“ „Vogtei“ u. dgl. überwiegend in Gebrauch gekommen. Aber dies darf uns nicht täuschen. Aus dem Vorigen wird hervorgehen, wie nahe das Justinianische dem rein deutschen gekommen war; und in den Land- und Stadt-Rechten der späteren Zeit kann man zwar Distinctionen des römischen Rechts nicht verkennen, aber es sind eben nur Distinctionen: das deutsche Recht ist nur näher bestimmt, nicht umgeändert worden. Das wird Folgendes zeigen.

a) Die väterliche Gewalt währt wie im Justinianischen und rein deutschen Recht in der Regel bis zum Tode des Vaters. Die Großjährigkeit endigt nicht. Aber das deutsche Recht zeigt sich in dem Recht des Sohnes auf Endigung und besonders darin, daß der Vater vor einer bestimmten Zeit nicht emancipiren darf. Dieser letzte Satz scheint mir nur eine Entwickelung der deutsch-rechtlichen Grundidee zu sein und ist eine deutlich erklärte Opposition gegen das Justinianische Recht; er muß supponirt werden, auch wo er nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, wie im Preuß. Landr. II. 2. § 214—17 (20. Jahr s. auch Bornemann, Pr. Civilr. V S. 335 flg.), Oesterr. Gesetzb. § 174 (20. Jahr), Bad. Landr. § 477 (15. Jahr). Ich finde ihn im Zusammenhang mit der venia aetatis und auch damit, daß die sog. deutsche Emancipation immer mit dem „mündigen vollkömmlichen Alter“ in Bezug steht; und dieses wieder ist erfordert wegen der eigenen Haushaltung u. dgl.; vgl. hiernach Augusti elect. Sax. constit. v. 1572 II, 10 (Cod. Sax. I S. 104), Frankf. Ref. II, 1 § 9, Württemb. Landr. II, 18 § 1: schon hieraus ergibt sich jene Schranke. Auch der Cod. Max. I, 5 § 7 wird so verstanden werden müssen, dazu Kreittmayr

Anm. I, 5 § 7, 2—4. Vgl. noch Falck, Schlesw. Holst. Priv. V, 1 S. 49; auch nach Hessischem Recht würde wohl verneint werden müssen, Strippelmann, neue Sammlung bemerk. Entsch. V S. 541 flg. Nach Allem kann ich Kraut S. 650 nicht beistimmen, welcher den besondern Haushalt als Endigungsgrund und die Volljährigkeit ohne solche Wirkung erst dem Eindruck des römischen Rechts zuschreibt und das ganze Dogma auf die communis opinio doctorum zurückführt; dagegen auch Beseler System II S. 396 Note 18.

b) Darüber daß nach deutschem Rechte Verträge zwischen Vater und Sohn gültig sind, herrscht volle Einstimmigkeit[21]. Der entgegenstehende römische Satz, der noch unter Justinian gilt, ist zwar auch partikularrechtlich wiederholt, in der Praxis aber doch aufgegeben oder schon gesetzlich so gefaßt, daß derselbe nur als Cautel erscheint; für Letzteres s. Würtemb. Landr. von 1610 II, 28 § 5, für Ersteres Frankf. Ref. II, 1 § 7; s. noch Kraut S. 637 Note 15. Nach dem Würtemb. Landrecht wird der Vertrag gültig „mit Unserer Amptleut und Gericht vorhergehender erkanntnus." Aus diesem Erforderniß erkennt man die andere Fassung des römischen Satzes, und die Titel 26 „Von Contrácten vogtbarer und verpflegter Personen" 27 „Von Contrácten der Minderjárigen" unterstützen fast die Vermuthung, daß auch unter den Söhnen in väterlicher Gewalt nur Minderjährige im Sinn des römischen Rechts zu verstehen sein. So, als Fürsorge für die Minderjährigen in väterlicher Gewalt, scheint auch das Hess. Recht verstanden bei Strippelmann a. a. O. S. 592—97; ebenso v. Weber, Provinzial- und Statutar-Rechte Bayerns, II. Bd. Mittelfranken, 1 Th. S. 43 § 77; ferner Bornemann, Pr. Civilr. V. S. 314 unter 2.

21) Daher auch Prozesse zwischen Vater und Kind; s. z. B. das privileg. Albertinum von 1500 im Stadtrecht von München herausg. v. Auer, vielleicht gehört dahin auch der allgemeine Art. 120 des Stadtrechts. — Daher können auch die Kinder die väterlichen Dispositionen über ihr Vermögen anfechten, s. auch Gottschalck in der Ztschr. f. Rechtspfl. u. Verw. 1838 I. S. 458.

Bestimmter ist die Opposition gegen das römische Recht in der Churf. Dec. 14 v. 1746 (Cod. Sax. I, 801): die Verträge sollen gelten auch wenn der Vater den Sohn nicht vorher emancipirt; bei unmündigen Kindern bedarf es eines curator ad hoc, nur daß im letzten Fall die in integrum restitutio auch vier Jahre nach erlangter Majorennität zusteht „wenn solcher Contract nicht praevia causae cognitione et decreto iudicis geschlossen worden." Es erhellt, daß hier der Gesichtspunkt der potestas völlig aufgegeben ist; ebenso, nur nicht so ausgeführt in Cod. Max. I, 5 § 2. — In Betreff der Schenkungen dürfte uns eine abweichende Bestimmung nicht sehr irren; die andern Geschäfte könnten gelten und Schenkungen doch frei widerruflich sein. Die Partikularrechte sind hier am meisten schwankend. Auch wo freie Widerruflichkeit gilt bis zum Tode des Vaters, soll die convalescirende Schenkung doch nicht conferirt werden, Württemb. Landr. II, 18 § 7. 8. III, 23 § 2; und wiederum wo die Wiederruflichkeit erwartet werden müßte, ist die Collation nicht vorgeschrieben, die Schenkung wäre denn „übermäßig kostbarlich" Frankf. Ref. VI, 5 § 3. Bei den Schenkungen kommt die Collation zu sehr in Frage, als daß bei dem Recht dort allein die patria potestas entscheiden könnte. Darum ist dieser Punkt für unsre Untersuchung hier von geringem Belang.

c) Uns geht hier vorzugsweise die Frage an, ob und wann der Vater für Schulden des Sohnes hafte. Hier ist die Abweichung vom römischen Recht und die Erweiterung über dasselbe hinaus ganz offenbar. Ich spreche nur von Geschäftsschulden und denke die Haussöhne nicht als maiores. Wir müssen aber von der Verpflichtung der Haussöhne ausgehen. Gewiß ist, daß dieselben als minores nach deutschem Rechte nicht verpflichtet werden, außer wenn der Vater consentirt hat; und dann ist auch dieser gebunden, Kraut S. 614; Strippelmann a. a. O. V S. 134—137; v. Weber a. a. O. S. 447 § 95. Hier zeigt sich, daß auch im deutschen Recht der Gesichtspunkt der väterlichen Vormundschaft nicht durch-

greift; denn die Haftung des Vaters aus seinem Consens kann daraus nicht erklärt werden. Nur die potestas oder die Idee der Gemeinschaft vermag jene Wirkung des Consenses zu begründen. In der Statthaftigkeit des Consenses bei den Rechtsgeschäften des impubes und minor unterscheidet sich das deutsche Recht von dem römischen Dogma beim impubes „qui ne patre quidem auctore obligatur." Die späteren Rechte halten das rein deutsche Dogma fest, erweitern es aber unter dem Einfluß des römischen Rechtes dahin, daß ohne Wissen und Willen des Vaters der Haussohn auch als maior gewisse Schulden nicht contrahiren kann. Die Anlehnung an das sctum Macedonianum ist ersichtlich, Württemb. Landr. II, 28 § 2. 3, aber zugleich auch die Generalisirung desselben: das Senatusconsult ist nur der Rahmen, in den man das deutsche Dogma bringt. Ob die Fälle bei Puffendorf, observ. II nu. 171 soweit und dann auch für den maior zu verstehen sind, läßt sich nicht erkennen. S. auch Bornemann, Pr. Civilr. V S. 308: Suarez „— — aus diesen Gründen sind schon durch deutsche Reichsgesetze und selbst durch hiesige Landesgesetze mehrere extensiones des Scti nöthig gefunden und vorgeschrieben worden." Ferner Nürnberger erneuert Ref. II, 13 § 4 „kein gelt aufnemen oder Schuld machen", Frankf. Ref. II, 1 § 4. 11 § 14 „Gelt auffborgen, Schulden machen, oder sich in beschwerliche Bürgschafften einlassen". In dem Chursä. Mandat von 1718 (Cod. Sax. I S. 594) ist zwar nur von der exc. scti Maced. gegen Wechselbriefe die Rede; Anlaß waren die Wechselbriefe der studiosi. Aber der Inhalt ist allgemein auf Haussöhne (auch maiores) zu beziehen und solche die noch unter Vormundschaft stehen, s. auch Mandat von 1724 § 1 und Anhang zur Erläut. Proceß-Ordnung § 11; auch Geld-Darlehne können nicht allein gemeint sein. Das Schuldenmachen überhaupt ohne Wissen und Willen des Vaters ist untersagt, auch der volljährige Sohn wird nicht obligirt s. auch Chursä. Erl. Rescript von 19. März 1680 (C. Sax. I, 422); ein Haussohn wird einem unter Vormundschaft gleichgestellt in all den angeführten Stellen.

Ohne Wissen und Willen wird auch der Vater nicht obligirt, dann aber in solidum. Ist dies das Dogma des deutschen Rechts, so ist eben eine Haftung de peculio unmöglich; denn diese tritt ein ignorante et invito patre, und darum nicht in solidum. Das Württemb. Landrecht II, 28 § 4 enthält eine Bestimmung, die an das römische Recht der tributoria actio erinnert und davon doch völlig abweicht: „Wa auch der Sohn ein offen Gewerb mit Wissen und Willen seines Vatters führt, und jemands ihme desselben Gewerbs halben ettwas gelihen oder zu kauffen geben, der Sohn aber vor Bezahlung desselben verstürbe, ist der Vatter, welcher solchen Sohn in seinem Gewalt gehabt, und nach ihm seine Erben zu bezahlen schuldig: doch allein soweit sich das Gewerb erstreckt. Wa aber der Sohn, so den Contract getroffen, im Leben verbliben und ausser des Vatters Gewalt kommen, ist er als dann die gantze Hauptsummen ohne Abgang zu bezahlen verbunden, es erstrecke sich das Gewerb so weit oder nicht." Die Haftung ist in solidum; im ersten Falle nur „soweit sich das Gewerb erstreckt" d. h. doch wohl soweit der Contract dem Gewerbe zu Gute gekommen. Ganz klar ist mir die Unterscheidung der beiden Fälle nicht. Uns muß hier die Bestätigung des Dogmas der solidaren Haftung genügen, obwohl der Fall den Voraussetzungen der tributoria actio entspricht. Dieses deutschrechtliche Dogma aber ist es, welches die römische Haftung bei der actio de peculio ausschließt. Wir haben aber früher gesehen, daß schon das römische Recht in der späteren Kaiserzeit die actio de peculio von dem in rem versum ablöste, daß selbst bei den Sclaven die Peculienklage nur subsidiär galt und Wissen und Wille des Herrn in bestimmter Weise erfordert wurde, daß darum alle anderen actiones adiecticiae qualitatis als actiones quod iussu erschienen und damit das allgemeine directo condicere zusammenhängt, endlich daß nach Justinians Constitution l. 8 C. de bon. 6, 61 gegen den Vater die Klage nur geht, wenn mit dessen Consens der Sohn ein adventizisches Geschäft vornimmt. Es ist klar, wie hieraus in Verbindung mit dem rein deutschrechtlichen Dogma der land- und stadt- rechtliche Satz sich bilden konnte, daß ohne Wissen und

Willen des Vaters der Sohn in dessen Gewalt überhaupt keine Schuld contrahiren könne wie der Mündel: daher die Generalisirung des Senatusconsultes und darin eben liegt seine Aufhebung; wenn es gilt, so gilt es als ius commune, nicht als ius singulare, und darum ist es als solches aufgehoben, mag man auch den Namen fortführen. Jener Satz, daß nur mit Wissen und Willen des Vaters Schuld des Sohnes und des Vaters in solidum entstehen könne, hat schon im Mittelalter eine allgemeine specielle Anwendung dahin gefunden, daß ein Sohn, der mit Wissen und Willen des Vaters ein Gewerbe treibt, sich und auch den Vater in solidum verpflichte s. meine in Note 22 citirte Abhandlung Hiernach ist eine Haftung de peculio positivrechtlich nicht möglich. Und die Frage ist nur, was die partikularrechtlichen Schriftsteller unter dem angeblichen profecticium peculium sich denken.

§ 8. Das angebliche profecticium peculium der Particularrechte.

Ich glaube erwiesen zu haben, daß Justinian für das quod a patre proficiscitur (quod ex re patris filio obvenit) keinen speciellen Namen hat; die Bezeichnung peculium wäre für Justinian unmöglich gewesen. Auch scheint fest zu stehen, daß Theophilus wie Justinian mit paganum peculium nur das alte volle peculium der klassischen Juristen meint. Man kann ferner nicht verkennen, daß paganum peculium mit besonderer Betonung der im alten peculium noch indifferent liegenden res quae patri non acquiruntur gedacht ist, wenn es auch nicht allein auf dies spätere isolirte adventicium bezogen werden darf. Gewiß ist, daß erst die Glossatoren dies quod a patre proficiscitur als profecticium, oft auch als profecticium peculium bezeichnen, aber auch daß sie in diesem ihrem profecticium nicht das alte peculium des Digenstentitels sehen. Endlich auch ist gewiß, daß erst Harmenopulos das profecticium der Glossa-

toren als paganum bezeichnet. Wie die Glossatoren, so gibt auch Harmenopulos an diesem profecticium (= paganum) dem Vater den Nießbrauch, dem Sohn nur die Verwaltung. S. oben § 1. 2 und Note 1. 2.

Dies Dogma, wornach an dem profecticium der Vater den Nießbrauch hat, ist ein offenbares Mißverständniß des Justinianischen Rechts. Das klassische römische Recht kann den Schein dafür erregen, wenn man nicht scharf es ansieht, s. jedoch auch Marezoll in s. Ztschr. N. F. V. S. 206. Aber das Justinianische Recht erregt nicht einmal den Schein. Denn die Bestimmung, daß an dem adventicium der Vater den Nießbrauch fortan haben solle, fordert den Schluß für das Gegentheil bei dem profecticium. Daß an dem profecticium der Sohn den Nießbrauch hat, kann nach Justinianischem Recht auch gar nicht bezweifelt werden. Wozu gibt es denn der Vater? Zur Verwaltung? Dann wäre der Sohn institor oder procurator. Zur Aufhebung? Damit wäre der Sohn etwa Depositar. So oder so unterschieden, wäre das Justinianische Recht des profecticium und adventicium eine sinnlose Disposition; und daß das klassische römische Recht dafür keinen Stützpunkt gewährt, ist auch klar. Um so merkwürdiger ist das Mißverständniß der Glossatoren. Nicht weniger merkwürdig ist, daß die gemeinrechtliche Wissenschaft, nach welcher der Sohn an dem klassischen Peculium, dem fälschlich sogenannten profecticium peculium, als Verwalter erscheint, doch jenes Nießbrauchsrecht des Vaters daran nach Vorgang der Glossatoren nicht — wenigstens nicht ausdrücklich — behauptet. Die falsche Vorstellung von einer Verwaltung, im genauen Zusammenhang mit der falschen Vorstellung von dem concedere, hat vor der falschen Annahme des Nießbrauchsrechts der Glossatoren geschützt. Dieses Dogma der Glossatoren findet sich dagegen bestimmt wieder in der partikularrechtlichen Literatur. Dasselbe ist aber

a) das profecticium ist eine frei widerrufliche Schenkung; daher die von den Glossatoren behauptete Collationspflicht. Das

Letztere ist vom Glossatorenrecht aus weder unrichtig noch ungenau wie Fein meint, wohl aber vom klassisch-römischen peculium aus. Aber die Glossatoren meinen dieses nicht, wenn sie vom profecticium schreiben; auch die actio de peculio behaupten sie nicht für das profecticium, sondern nur für das peculium Note 1.

b) Die Schenkung, die unwiderruflich sein soll, ist donatio.

c) Das profecticium ist coordinirt dem adventicium und nur eine Nebenart desselben, daher der Nießbrauch. Der Unterschied ist nicht rechtlich, sondern faktisch (quoad originem und gubernationem). Das profecticium steht zum adventicium in der Glossatorenanschauung und den Partikularrechten viel näher als man bisher geahnt hat: das Genauere gehört in eine Darstellung des adventicium, die hier nicht in meinem Zweck liegt. Dies Dogma der Glossatoren findet sich rein wieder bei Zasius Opera omnia 1590 tom. IV. de action. p. 26. nu. 4—6. Die Lehre von der actio de peculio trägt er vor: „nam monachus aequiparatur servo vel filiofamilias.“ Auch bei Donellus IX c. 6, XIV c. 19, XV c. 50, in welchem letzten Kapitel er auf die beiden früheren verweist, aber durch eine Bemerkung die dort fehlt die Ansicht der Glossatoren nachholt: „utpote quod a patre profectum placeat ut olim totum esse patris et proprietate et fructu.“ Ebenso erkennt man es noch bei Perez praelect. in Cod. Ed. III. 1663, lib. 4, 27 p. 194, lib. 6, 20 p. 325, lib. 6, 22 p. 331, lib. 6, 61 p. 415. Auch Puffendorf observ. II nu. 171, vermischt noch nicht mit dem peculium der Digesten das profecticium Justinians „olim — cum iure Digestorum differentia profectitii peculii et adventitii nulla esset.“

Aus diesem Glossatoren-Dogma erklären sich leicht die Partikularrechte. Wo Schenkungen nicht gelten, wie im Württemb. Landrecht, war man gar nicht versucht das Wort profecticium peculium herbeizuziehen. Wo sie gelten, versteckte sich die widerrufliche Schenkung in dem profecticium der Glossatoren mit dem

Nießbrauchsrecht des Vaters; so Cod. Max. Bav. I, 5 § 3 — — „profecticium, wenn solches von dem Vater selbst oder wenigstens in Ansehung seiner von anderen herrührt. Es gebührt dem Kinde 1) hierauf nichts als die bloße Verwaltung, so lange es dem Vater gefällig ist, denn er bleibt nicht nur Inhaber und Nutzgenießer, sondern auch Eigenthümer davon." Im Sächsischen Recht fehlt eine positive Bestimmung. Aber bei Curtius, Handbuch § 167 lesen wir: am peculium profecticium steht den Kindern weiter kein Recht zu als die Verwaltung, „da hingegen der Vater das völlige Eigenthum nebst dem Nießbrauche hat;" für das Letzte wird pr. J. quib. non est perm. test. fac. 2, 12 citirt! Daß nach Curtius das profecticium als widerrufliche Schenkung gedacht ist, ersieht man aus den „Bemerkungen und Excurse nach Anleitung von Curtius Handbuch" I S. 397. Hiernach dürfte die Beantwortung der Frage über Geltung des pec. prof. im Sinne des römischen Rechts „lediglich davon abhangen, ob h. z. T. der Vater seinen in väterlicher Gewalt befindlichen Kindern schenken könne? Wird diese verneint, so muß es auch noch h. z. T. ein pec. profecticium geben. Wird sie bejaht, so ist das wirklich Geschenkte als volles unwiderrufliches Eigenthum der Kinder anzusehen, in Ansehung dessen man dem Vater höchstens den Nießbrauch zugestehen kann, auf Seiten der Kinder aber nicht überall die Collationspflicht eintritt. Allein ob wirklich geschenkt sei, ist eine quaestio facti, gegen welche die Präsumtion streitet; mithin wird das dem Kinde überlassene als pec. prof. behandelt, wenn entweder der Vater dies ausdrücklich erklärt hat oder doch das Dasein einer Schenkung nicht nachgewiesen werden kann." Wenn Schenkungen nicht gälten, so müßte es also nach Sächsischem Recht objectivrechtlich noch ein peculium profecticium = dem peculium des klassischen römischen Rechts geben. Nun gelten aber Schenkungen, folglich ist jene Frage nicht quaestio iuris, sondern nur facti. Diese Folgerung verräth das Richtige, ist aber in sich verworren. Vorerst schlossen die römischen Juristen für ihr peculium anders: eine Gabe des Vaters an den Sohn ist donatio, wenn nicht bestimmt ist ut peculii sit, s. oben § 2. Wer

wie Curtius die actio de peculio noch behauptet, darf nicht anders schließen. Sodann ist das profecticium bei Curtius nicht das peculium der römischen Juristen; dieses ist durch Justinian, der es in adventicium und profecticium aus einander löste, zur Unmöglichkeit geworden. Sonach ist für ein Partikularrecht, wo Schenkungen mit und ohne Convalescenz gelten, nur der Schluß statthaft: eine Gabe des Vaters an den Sohn ist unwiderrufliche donatio; soll sie das nicht sein, mag sich der Vater erklären: dann ist sie widerruflich = precarium = profecticium. Die Umstände werden das Meiste an die Hand geben. Wie sich nun mit diesem profecticium die actio de peculio verträgt, ist nicht einzusehen. Und wenn, wie von Kreittmayr Anmerkungen I, 5 § 3, nur bemerkt wird, daß diese Klage nicht leicht mehr vorkomme, so genügt dies nicht, sondern die Unmöglichkeit muß behauptet werden: das haben schon die Glossatoren erkannt, welche peculium (15, 1 Dig.) wohl trennen vom profecticium und nur auf jenes die actio de peculio beziehen, Note 1. Das preuß. Landrecht hat überhaupt weder ein profecticium im Sinne der Glossatoren noch ein peculium im Sinne der römischen Juristen, s. Bornemann Pr. Civilr. V S. 315; für Hamburg s. Baumeister, Privatr. II S. 51. Für Bayern s. Dollmann in Blätt. f. Rechtsanwendung v. Seuffert XIV S. 135. Wenn sich Beseler, System II S. 449 Note 1, für das profecticium und die actio de peculio auf Sächsisches und Hessisches Recht beruft und für jenes Haubold Sächs. Priv. § 88, für dieses Strippelmann neue Sammlung V S. 557 citirt: so widerlegt sich diese Behauptung für das Sächsische Recht, da Haubold wie Curtius profecticium mit dem römischen peculium gleichsetzt; wie aber nach Strippelmann zu denken sei, ist gar nicht zu erkennen. Ebenso wenig ist aus Hagemann's praktischen Erörterungen VII, 29 S. 72. 73 Etwas zu entnehmen: er erwähnt nur das profecticium ohne Rücksicht auf die actio de peculio, denkt sich aber freilich jenes dem peculium der römischen Juristen gleich.

Wenn das Bisherige gezeigt hat, daß in den Partikularrechten

klassisch-römisches Recht und Glossatoren-Dogma in arger Confusion erscheint, so läßt dieselbe mißverständliche Interpretation auch sonst noch sich nachweisen. Im Cod. Max. I, 5 § 3 heißt es: „4to wird das peculium im Zweifel allezeit mehr pro Profecticio gehalten, wenn man nicht weiß, wie und woher solches überkommen worden.“ Nach römischem klassischem Recht sprach bei Erwerb aliunde die Vermuthung allerdings für das klassische peculium, s. oben § 2; das ist das Wahre an jener Bestimmung. Aber für das Justinianische, das heutige gemeine und partikulare Recht ist jene Vermuthung die reinste Willkür. Für jene Vermuthung in Baiern wird von Kreittmayr angeführt: „denn das profecticium ist das allererste und älteste von den übrigen Gattungen,“ nach Leyser med. ad. pand. spec. 169, 7. Auch Sintenis, Civilrecht III. S. 149 Note 13, erklärt sich für diese Vermuthung. Aber mit Recht ist schon früher und auch für Sachsen in den „Bemerkungen“ I S. 392 dieselbe verworfen worden. Will man eine Vermuthung aussprechen, so kann sie nur dem adventicium gelten; doch das Nähere gehört nicht hierher. S. auch Marezoll, in s. Ztschr. VIII S. 281—85.

Was nun dieses profecticium peculium sei, hat kaum Werth zu fragen. Aber auch hier zeigt sich die Rathlosigkeit der partikularrechtlichen Schriftsteller. In den „Bemerkungen nach Curtius Handbuch“ I S. 398 wird es negativ unter Anderem so bestimmt: „nicht das was alimentorum causa gegeben wird.“ Das würde aber mit dem römischen Recht wieder nicht stimmen; denn hiernach sind auch Kleider zum täglichen Gebrauch peculii l. 25 D. de pec. 15, 1; daß l. 40 § 1 eod. nicht widerspricht, s. meine frühere Abh. in diesem Jahrbuch II S. 13 Note 15. Aus der Natur der actio de peculio, die eine Concursklage ist[22] und das ganze quasipatrimonium trifft (also auch die Kleider), erklärt sich, daß Kleider zum peculium gerechnet werden, obwohl deßhalb de in rem verso geklagt wird. Dagegen sind vom heutigen Recht Alimente, also auch Kleider, nicht

22) Den genaueren Nachweis s. in meiner Abh. „die actio tributoria und Commanditengesellschaft“ in Goldschmidt's Ztschr. f. d. gesammte Handelsrecht. II, 1.

profecticium, obwohl sie nach römischem Rechte peculii waren. Anders als Curtius, rechnet Falck, Schlesw. Holst. Privatr. V, 1 S. 18 zum Peculium „was als Taschengeld, zur Unterhaltung auf Schulen und Universitäten u. s. w. gegeben wird." „Es muß angenommen werden, daß zu Baarzahlungen der unmündigen Kinder aus einem solchen peculio profecticio und zur Uebernahme von Verpflichtungen, die aus demjenigen Vermögen erfüllt werden können welches sie in Händen haben, die väterliche Einwilligung nicht erforderlich ist." Das Letztere würde auch Curtius behaupten und Niemand bestreiten. Was Falck meint, ist in rem versum; auch das Taschengeld gehört dahin, arg. l. 3 § 4. 6 D. de in rem 15, 3. Darum gelten Baarzahlungen daraus; darum auch muß der Vater die Schulden des Sohnes bezahlen, die dieser bei Gelegenheit und im Umkreis eines bestimmten Lebensberufes macht, den er mit Wissen und Willen des Vaters lernt und treibt, nicht weil ihm — wie oft geschieht — der Vater so viel ausgesetzt und dies Peculium wäre: dies ohne Unterschied ob der Sohn großjährig ist oder nicht, s. auch Bornemann, Pr. Civilr. V S. 309. 10. Darum haftet der Vater direct und mit seinem ganzen Vermögen, ohne sich darauf berufen zu können daß der Sohn es anders durchgebracht habe. Auch kann der Vater nicht anführen, daß er an der ausgesetzten Summe wieder gekürzt habe; die Vorstellung einer ademtio ist hier völlig unbrauchbar.

Vieles aber, was in rem versum ist und überhaupt eine gesetzliche oder auch nur selbstauferlegte Pflicht des Vaters für sich hat, ist nach Verhältnissen doch nur eine widerrufliche donatio z. B. Schulbücher. Man könnte dies, wenn man nicht den unverfänglichen Ausdruck der Glossatoren profecticium oder prof. peculium verwirft, wozu kein Grund ist, auch schlechtweg peculium nennen; aber die römische Vorstellung läßt sich davon nicht trennen, jene Bezeichnung schlechthin würde also nur verwirren. Denn wenn das peculium der klassischen Juristen kein precarium war, so ist das Justinianische quod a patre proficiscitur, das profecticium der Glossatoren, kein peculium im Sinne der römischen Juristen, weil es nur precarium ist. —

IV.

Kleine Beiträge.

Von E. J. Bekker.

I. Vertragsschluß durch gleichzeitige Offerten und durch gleichzeitige Acceptationen.

Einige der in meiner Abhandlung über Verträge unter Abwesenden (Jahrb. II, 11) berührten Fragen zeigen ihre praktische Bedeutung besonders klar bei gewissen Fällen, die eben darum nachträglich hier besprochen werden sollen.

V als Verkäufer offerirt dem E den Kauf einer bestimmten Sache zu bestimmtem Preise. Gleichzeitig offerirt E als Käufer dem V den Kauf derselben Sache zu demselben Preise. Beide Offerten sind vollständig und decken sich völlig; beide geschehn brieflich, denn beide Offerenten wohnen an verschiedenen Orten; die Briefe gehn ohngefähr zur selben Zeit ab, und kommen ebenso an; ein Widerruf erfolgt von keiner Seite — Wann wird der Contract perfect? Mit dem Zeitpunkt wo beide Briefe den respectiven Addressaten bekannt geworden sind. Wir haben zwei übereinstimmende Willen, beide entsprechend erklärt, die Erklärungen vollendet dadurch daß sie je zum Gegenpart hindurchgedrungen, so daß nun jeder der Contrahenten eine bindende Erklärung abgegeben und zugleich Kenntnis des mit dem seinigen übereinkommenden Willens seines Mitcontrahenten erhalten hat. Mehr erfordern wir zum Vertragsschuß nicht, je einer muß wissen „der andere will was meinem Willen entspricht", es ist nicht erforderlich daß jeder wisse, „auch der andere

weiß um die Uebereinstimmung unserer beiden Willen", denn durch das Bewußtsein der Uebereinstimmung selber, nicht durch das Wissen um das Bewußtsein des Gegenparts von der Uebereinstimmung wird der Vertrag geschlossen. Eine Erklärung des E auf die Offerte des V, oder dieses auf E's Offerte wäre also hier für den Vertragsschluß gerade so überflüssig wie, wo eine Acceptation einer Offerte gefolgt ist, eine Erklärung des Offerenten auf die eingegangene Acceptation. Was allein unseren Fall von anderen Contractsschließungen unter Abwesenden unterscheidet, daß hier sich nicht erkennen läßt, welches Contrahenten Erklärung Offerte und welche Acceptation ist. Es ist dies aber auch nicht von Erheblichkeit, da Offerte und Acceptation nicht specifisch verschieden von einander sind, vielmehr zwei gleiche, alle wesentlichen Elemente gleichmäßig enthaltende Hälften eines Vertrags, bei denen es nur zufällig ist, daß die eine früher ins Leben tritt, die andre später, daher jene meist zum Contrahiren Veranlassung giebt, diese den Vertrag abschließt. Wie dieser zufällige Unterschied auch fortfallen kann, sehn wir an unserm Beispiel.

Verändern wir nun den Fall ein wenig: die beiden Offerten decken sich nicht mehr ganz, V offerirt für 80 zu verkaufen, während E 100 zu zahlen sich bereit erklärt hat. Hätte V 100 begehrt, E 80 geboten, so wäre zweifellos kein Vertrag zu stande gekommen. Bei Fällen wie der ebengedachte ist nicht selten den schließlichen Erklärungen eine frühere Verhandlung voraufgegangen. E und V sind zusammen gewesen, mündlich hat jener nur 80 geboten, dieser 100 gefordert. Nachdem sie sich getrennt, besinnen sich beide, daher die Offerte des V für 80 zu leisten, und des E die früher geforderten 100 für die Leistung zu gewähren. Die neuen Offerten kreuzen sich, überhaupt entspricht der Fall in allem andern ganz dem obigen. Hier müssen wir unterscheiden. Die eine Möglichkeit, daß wie E und V Tags zuvor, oder wann sonst es gewesen, sich getrennt haben, von keiner Seite eine über den Moment der Trennung hinaus gültige Offerte gethan war, so daß also beispielsweise, wenn andern Tags E allein sich bereit erklärt hätte 100 zu zahlen,

diese Erklärung Offerte gewesen wäre und der Vertrag erst durch die hierauf gefolgte Acceptation abgeschlossen worden sein würde. Rechtlich verbindliche Beziehungen also haben zwischen V und E früher nicht bestanden, und jetzt fordert V nur 80 für die Leistung, für welche E 100 bietet. Hemmt diese Incongruenz den Vertragsschluß? Ich meine nein, und zwar nehme ich den Vertrag als auf die von V geforderten 80 geschlossen an. Denn 100 sind gleich 80 + 20, offerirt E 100, so offerirt er 80 und 20; also haben wir zwei sich deckende Offerten auf 80, und eine überschüssige Offerte von 20, der die andre Hälfte zum Vertragsschluß fehlt. Ob V wenigstens durch nachträgliche Acceptation das Versprechen der überschüssigen 20 für sich nutzbar machen könnte? Auch dies ist zu verneinen: die 20 sind als Theil des Kaufpreises, also für eine bestimmte Gegenleistung versprochen; nachdem der Vertrag auf 80 geschlossen, die fragliche Leistung also eben schon für diese 80 geschuldet ist, ist eine dem Angebot des Käufers wirklich entsprechende Acceptation des Verkäufers betreffs der 20 gar nicht mehr möglich; V könnte die 20 nur noch als Leistung ohne Gegenleistung, also als Geschenk acceptiren, aber als Geschenk sind sie von E nie geboten. Unsere Entscheidung wird durch die naheliegende Analogie von fr. 52 locati 19. 2 bestätigt:

> si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio quam quanti ego putavi.

Zu mehr Schwierigkeiten führt die andere Annahme, daß wie E und V auseinandergegangen, von beiden Seiten auf einige Zeit gültige Offerten, seitens des V für 100 zu verkaufen, seitens E's für 80 zu kaufen gemacht worden waren. Während dieser Zeit erfolgen nun die beiden sich kreuzenden Erklärungen, E's die Offerte V's anzunehmen, also die ganzen 100 zahlen zu wollen, V's nach E's Offerte für 80 zu verkaufen. Die sich kreuzenden Erklärungen sind zwei Acceptationen, zwei Offerten sind vorhergegangen, also scheinen zwei Verträge geschlossen zu sein. Soviel ist sofort klar: nur Ein Vertrag ist hier nicht geschlossen, wenn nämlich die Ac-

ceptationen wirklich zu gleicher Zeit beide abgegangen und auch eingetroffen sind; entweder kein Vertrag ist gültig geschlossen, oder es bestehn zwei Verträge neben einander.

Wir sehn die vollständigen Elemente zweier Vertragsschlüsse; und zwei verschiedene Verträge zwischen denselben Parteien auf Leistung derselben Sache für verschiedene Preise können an sich sehr wohl nebeneinander bestehn. Man denke: O ist procurator omnium bonorum bei A, ebenso P bei B, nun kauft A dieselbe Sache von P für 60, die O vom B für 50 erstanden hat; oder, V verkauft an E eine Sache, die dem W gehört, beide Theile sind im guten Glauben, vor der Tradition erfährt E vom Eigenthum des W und kauft von diesem um 100 theurer, aber ehe er die Sache erhält, stirbt W und wird von V beerbt; oder beide Theile wußten, daß die Sache dem V nicht gehöre, dieser aber verkauft sie in der sichern Aussicht sie rechtlich zu erwerben, dann kauft E dieselbe Sache nochmals vom W, dem Herrn derselben, und durch Erbfall kommen wieder beide Obligationen des V und des W in dieselbe Hand; oder V verkauft an E und an A, und bevor eine Tradition erfolgt, beerbt A den E. Es fehlt also nicht an Möglichkeiten, und ähnliche Fälle ließen sich bald noch viel mehre finden. Das einzige, was uns stutzig machen könnte auch in unserem Falle zwei Contracte entstehn zu lassen, ist daß scheinbar doch jeder Theil nur einen Contract zu schließen beabsichtigt hat. Aber dies ist in der That wol nur Schein, der juristische Wille zu zwiefachem Contractsschluß dürfte auf beiden Seiten nachweisbar sein. E hat zuerst offerirt 80 für die Sache zu zahlen, die Offerte besteht noch als gültige, ihn bindende Erklärung, als er die zweite Erklärung abgiebt, nun auch 100 zahlen zu wollen; ebenso hat V zuerst eine Offerte gemacht, und dann eine Offerte E's in gültiger Weise acceptirt. In der zweiten Erklärung liegt an sich nichts die erste aufhebendes, und wäre dies wirklich der Fall, so könnte doch die aufhebende Kraft nicht wirksam werden, bevor diese zweite Erklärung zum Gegencontrahenten gelangt wäre, und diese zweite Erklärung des E trifft nicht früher bei V ein als die zweite Erklärung des V bei E, also

nicht früher als bis der ersten Offerte des E gemäß ein Kauf auf 80 geschlossen ist, der jetzt durch einseitige Erklärung gar nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte. Dieselbe Argumentation paßt auf die eine wie auf die andere Seite, beide Theille haben einmal den Willen auf 80 zu contrahiren und ein andermal auf 100 zu contrahiren in bester Form erklärt, darauf daß sie die Summe der Folgen ihrer Erklärungen vielleicht nie recht überdacht und einen Doppelkauf, zweimalige Leistung der Sache für 180 nicht beabsichtigt haben, kann das Recht keine Rücksicht nehmen.

Also meine ich, daß in diesem Falle so gut wie in einem der vorerwähnten wirklich zwei Verträge zur Existenz kommen und also zwei Obligationsverhältnisse nebeneinanderbestehn. E hat die fragliche Sache von dem V für 80, und ebenso dieselbe Sache von demselben nochmals für 100 gekauft. Welche Wirkungen können sich hieraus ergeben? Bei der Beantwortung werden wir stets vornehmlich auf unsern Hauptfall sehn, in den meisten Beziehungen werden aber auch die andern vorgedachten Obligationenpaare nicht anders als dieser zu beurtheilen sein.

E kann das gekaufte Object zweimal fordern gegen Erlegung des Preises von 100 + 80; er kann dies in getrennten Processen oder mit cumulirten Klagen. Ob dem V mit einer exc. doli gegen die zweite Klage zu helfen ist? Es dürfte hier nach den Fällen zu unterscheiden sein: wenn V zweien Käufern verkauft hat, von denen dann einer den andern beerbt hat, sicher nicht; in unserem Falle wäre ich eher geneigt die exceptio zuzulassen, scheint es doch, daß E sein Recht per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem verfolge. Ist aber der Fall so angethan, daß die exc. doli nicht platzgreift, so fordert E für 180 die Sache und den Werth der Sache. Denken wir, um aller Schwierigkeit wegen des Beweises des Interesse überhoben zu sein, an den Verkauf von Sachen, die Curswerth haben, z. B. eine bestimmte Ladung Weizen. Der Weizen ist so gestiegen, daß die Ladung nun 120 gilt. V muß die Ladung und 120 geben, E 180 zahlen, also bekommt E diesmal die Ladung für 60.

V kann die Zahlung beider bedungener Preise nicht ebenso fordern, denn einer der beiden actiones venditi würde eine exc. non adimpleti contractus entgegentreten. Wäre also der Weizen gefallen, so daß die Ladung nur noch 60 gälte, V könnte doch mit Erfolg nur eine seiner beiden Klagen anstrengen.

Jetzt zu der Frage welche der Gestalt, die der Fall in der Praxis gewöhnlich annehmen dürfte, entspricht. Wenn keiner von beiden Theilen beide vorhandene Ansprüche durchzuführen beabsichtigt sondern nur einen, kann der Verkäufer 100 für seine Waare erzwingen oder kommt der Käufer mit Zahlung von 80 ab.

a) Der Verkäufer thut den ersten Schritt, offerirt richtig für 100. E fordert die Leistung für 80, geht V nicht darauf ein, so kann E annehmen oder Annahme weigern und sich verklagen lassen. Er nimmt an, zahlt die 100 und klagt nun seinerseits auf die Sache gegen Zahlung von 80; daß die exc. doli in ihrer oben berührten Begründung dieser Klage überall nicht entgegensteht, liegt zu Tage. Statt der Sache fordert er das Interesse, gilt der Weizen also 100 oder 120, so bekommt er 20 oder 40 als Ueberschuß und hat also wieder die Ladung für im ganzen 80 oder gar nur 60. Aber wie wenn der Weizen niedrig steht, der Marktwerth der Ladung nur 80 oder gar 60 beträgt? Auch hier ist dem Käufer zu helfen. Denn sein Anspruch geht nicht auf eine Ladung in genere wie sie jetzt 60 gilt, sondern auf jene bestimmte Ladung, die zwar auch nur einen Marktwerth von 60 hat, die aber, wenn sie ihm rechtzeitig zugegangen wäre, ihm die Möglichkeit gegeben haben würde der Klage, welche darauf ging daß er die Ladung für 100 nehmen also 40 verlieren mußte durch die exc. non adimpl. c. zu entgehen. Die Interessenklage des Käufers geht also auf 60 (Marktwerth) +40 (besonderes Interesse) also im ganzen 100 gegen 80. Also muß Verkäufer wieder 20 herauszahlen, und der Käufer hat endlich die Ladung für 80. — Hätte Käufer aber die Offerte die Ladung für 100 zu nehmen abgewiesen, so würde er in mora accipiendi gerathen sein und die etwaigen Nachtheile aus derselben zu tragen gehabt haben. Verklagt wäre sein einziges Hülfsmittel

die Widerklage, die dann aber durchweg zu denselben Resultate führen müßte wie die so eben beleuchtete spätere Klage. Abgesehn also von den Wirkungen der mora wäre der Erfolg wieder derselbe wie vorher.

b) Der Käufer offerirt 80 und fordert dagegen die Waare. Giebt Verkäufer diese, so hat er damit seine Klage auf 100 wegen der exc. n. ad. c. thatsächlich verloren. Giebt V die Waare nicht, so kommt er in mora und hat übrigens auch keinen Vortheil seiner Weigerung. Er stellt seine Klage auf 100 an, getrennt oder als reconventio, in beiden Fällen muß er die Waare gegen die 100 geben, also wird die von dem Käufer angestellte oder noch anzustellende Klage zur Interessenklage und schafft diesem ganz wie wir dies eben gezeigt haben schlechtesten Falls 100 gegen 80, also einen Ueberschuß von 20, so daß Verkäufer in dem für ihn günstigsten Falle nur 100 — 20 = 80 erhält, die Käufer ihm gleich geboten, wogegen bei erwiesenem höheren Werthe der Sache der Verkäufer, wie auch schon gezeigt ist, durch die beiden sich entwickelnden Processe noch weniger erhalten würde.

Fragen wir schließlich welchen tieferen Grund es hat, daß der Erfolg sich hier überall wider den Verkäufer kehrt, so ist dieser wol nicht in der Stellung des Verkäufers als solches zu suchen, sondern darin daß von den beiden Contrahenten der eine beide Obligationen selbständig zu erfüllen im Stande ist, während der andere durch Erfüllung der einen Obligation für die andere sich die Hände bindet, und so in die Lage kommt des Interesse praestiren zu müssen sobald es ihm ungünstig ist, ohne im entgegengesetzten Falle es fordern zu können. Daher wenn statt zweier Käufe zwei Tauschcontracte geschlossen wären und V dem E gegenüber α gegen σ, außerdem aber auch α gegen τ zu vertauschen schuldig wäre, so würde ganz ebenso gegen V und zum Vortheile des E entschieden werden müssen, wie wir dies bei dem Kauf gethan. Wäre dagegen keine species sondern eine Sache in genere verkauft, 100 Wispel Weizen etwa von dieser Beschaffenheit, dann würden Vortheil und Nachtheil beiden Contrahenten zu gleichen Theilen zufallen.

II. Ueber correi socii und fr. 18 de duobus reis 45. 2.

Pomponius (l. V. ex Plautio.), — Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet.

Seit den Glossatoren bis in die neueste Zeit hat man den Widerspruch dieses Satzes gegen die andere Bestimmung, daß die mora nur je dem einzelnen Correus schaden solle, (fr. 32 § 5 de usuris 22. 1. von Marcian, und fr. 173 de R. J. 50. 17. von Paulus) erkannt und verschiedene Vermittelungsversuche gemacht. Würde was die mora veranlaßt als ein reines non facere jedem facere stets scharf gegenübergestellt, so könnte man sich damit trösten: die Römer hätten einen von zweien rei promittendi wol für das facere aber nicht für das non facere des andern verantwortlich gemacht; wir wüßten nicht warum sie so unterschieden, sie würden aber doch wol genügenden Grund dazu gehabt haben; jedes Falls müßten wir für das Römische Recht diese Unterscheidung bestehn lassen, und könnten nur danach trachten aus unserm Recht die scheinbare Inelegantz zu entfernen. Aber auch dieser schwache Trost wird uns entzogen. Die Römer selber bezeichnen das, wodurch der Schuldner in mora kommt, als ein factum:

fr. § 1 de fidej. 46. 1: cum facto suo reus ... obligationem perpetuat ... veluti si moram fecit in Sticho solvendo.

Ueberdies scheint fr. 9 § 1 de duob. reis darauf hinzuweisen daß auch andere facta, welche eine mora nicht erzeugen, wenn sie von nur einem correus begangen worden vom andern nicht vertreten zu werden brauchen. Davon ausführlich nachher; vorläufig lassen wir uns an den Stellen über die Praestation der mora genügen um den hergebrachten Inhalt des fr. 18 cit. höchst bedenklich zu finden. Von zwei Correalschuldnern kommt der eine in mora, und zwar sind es obligationswidrige facta, durch die er sich in die mora versetzt; nach fr. 18 cit. sollte der andere für diese facta aufkommen müssen, und doch soll nach fr. 32 § 5 und fr.

173 citt. die mora des einen dem andern nicht schaden. Will man nicht behaupten daß dieselbe Handlung des B dem A zugleich schade und nicht schade, so muß man die facta, welche fr. 18 als schädliche bezeichnet, auf solche beschränken, die den Thäter nicht in mora bringen. Abgesehen aber von dem Fehlen jedes innern Grunds für diese Abgrenzung, unterwirft man damit die Bestimmung des fr. 18 einer Beschränkung, welche durch die Worte in keiner Weise gerechtfertigt wird, entscheidet also gleichmäßig wider den Sinn und wider den Wortlaut.

Dennoch will Ribbentrop die Vorschriften über die Schädlichkeit der facta und die Unschädlichkeit der mora neben einanderbestehen lassen, freilich nicht ohne Bedenken (vergl. Correalobl. § 5). Jene soll folgen aus „der strengen Einheit des obligatorischen Verhältnisses, welches wenngleich mit modificirtem Inhalt doch als dieselbe Obligation fortbesteht." Meint man, daß wenn dies wirklich ein Grund sei, derselbe für die eine mora bewirkenden Thatsachen ebensoviel beweisen müsse wie für andere facta, so wird uns entgegengehalten, daß mora fieri intelligitur non ex re sed ex persona, wobei dann aber der weitere Einwand unbeachtet bleibt, daß auch die Folgen jedes culposen obligationswidrigen Handelns non ex re sed ex persona oriuntur.

Offen erkennt Brinz (Krit. Bl. IV. S. 33) den Widerspruch an: „Leider hat Savigny diesen Punkt nicht behandelt, uns selbst ist er unauflöslich." Auch Kuntze (Obligation § 38) kommt zu keiner Auflösung: „Hiernach bleibt nichts übrig als dieselbe (sc. fr. 18 cit.) fallen zu lassen, wofern man sich nicht etwa zu einer mehr oder weniger gefälligen Emendation herablassen will. Der Satz daß culpose Vernichtung des Obligationsinhalts durch einen correus die andern correi ebenso befreit, wie der Untergang des Inhalts post moram ab uno correo factam dem andern nicht schadet, muß jedenfalls gewahrt bleiben." Die vorgeschlagenen mehr oder weniger gefälligen Emendationen sind aber gewaltsam, und daher ungefällig: entweder soll statt „quoque" gelesen werden „nequa-

quam" oder „non;" oder den rei „promittendi" sollen rei „stipulandi" oder „credendi" substituirt werden.

Von Helmolt, (Corr. Obl. § 16) beginnt: „Wäre die l. 18 cit. nicht vorhanden, wäre man überhaupt von der richtigen Anschauung der Quellen ausgegangen, so hätte der ganze Streit nicht entstehen können." Die erste Behauptung ist zweifellos richtig, die zweite wenigstens sehr wahrscheinlich, nur ob uns v. Helmolt zu dieser richtigen Quellenanschauung zurückgeführt habe, könnte noch in Frage kommen. „Die l. 18 bezieht sich nur auf die aus Vertrag oder Testament entspringenden Correalobligationen und ist selbst der Ausfluß einer ausnahmsweise sehr weit gehenden Interpretation des in Zweifel anzunehmenden Willens des Contrahenten oder des Erblassers . . . Die älteren Römischen Juristen hielten diese ausnahmsweise im Zweifel anzunehmende Willensinterpretation für zulässig ohne jedoch soweit zu gehen, daß sie in der vertragsweisen oder testamentarischen Begründung von Correalobligationen auch die gegenseitige Uebernahme der mora von Seiten jedes Correalschuldners erblickten. Diese Grenze der ausdehnenden Willensinterpretation wird denn auch klar von ihnen angegeben in den Worten: si duo rei promittendi sint alterius mora alteri non nocet." Genau genommen enthalten diese Worte nicht mehr als Brinz's Ausspruch, nur daß ihrem Urheber die Selbsterkenntnis mangelt. Denn unterschied wirklich die Interpretation der Römischen Juristen zwischen den mora erzeugenden Thatsachen und andern facta, (auf welche letztere fr. 18 cit. zu beschränken wäre) hinsichtlich ihrer Einwirkung auf die rechtlichen Verhältnisse der correi, so müssen wir, wenn wir anders nicht die Römischen Juristen der Willkürlichkeit bezüchtigen wollen, annehmen daß es dieser Unterscheidung an innern Gründen nicht gefehlt habe. Diese Gründe hat Helmolt nicht dargelegt, also die fragliche Unterscheidung auch nur als vorhanden anerkannt, ohne sie zu erklären. Das einzig neue des letzten Ausgleichungsversuchs ist also, daß die von den ältern Römischen Juristen angeblich gebilligte Willensinterpretation mit ins Spiel gezogen wird, was ebenso willkürlich

und ungerechtfertigt wie zur Aufklärung der vorhandenen Zweifel ungenügend ist.

Kehren wir aus der neuesten Zeit zu den Glossatoren zurück: manche derselben vertheidigen die auch von Bartolus gebilligte Annahme, daß fr. 18 nur von correi socii handele. Ribbentrop hat dies für eine „unstatthafte Supposition“ erklärt; wie mir däucht zu rasch. Zur Rechtfertigung der Supposition folgendes.

Von den Worten des fr. 18 ist das „factis“ hinter promittendi völlig überflüssig und muß daher in dem von einem präcis schreibenden Juristen herrührenden Satze verdächtig erscheinen. Auch an andern Stellen treffen wir den Ausdruck „duo rei prom. (od. stip.) facti“ oder „constituti“ (z. B. fr. 3 § 1 fr. 6 § 1 fr. 8 de duob. r.), aber überall kommt dem „facti“ oder „constituti“ eine gewisse Bedeutung zu, es könnte nicht fehlen ohne den Sinn der Stelle zu verändern; wo aber der Ausdruck „duo rei prom.“ ausreicht da wird kein unnützes „facti“ oder ähnliches angeflickt (vergl. fr. 3 pr., 7, 11 pr., 15, 16 eod.). Es scheint geboten im fr. 18 das nichtssagende Wort zu streichen oder durch ein andres zu ersetzen. Statt „factis“ zu lesen „sociis“ ist eine naheliegende Emendation. Die Zahl der Buchstaben bleibt unverändert, wir ersetzen nur 3 Buchstaben durch drei andre in ihrer äußern Erscheinung ihnen nah verwandte (vergl. das Alphabetum ex Pandectis Florentinis in Brencmanni Hist. Pand.), f durch s, a durch o, t durch i. Ein Versehen des Abschreibers wurde überdies durch das gleich darauf folgende „factum“ erleichtert. Wir lesen demnach:

> ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi *sociis* alterius factum alteri quoque nocet. (cf. fr. 10 eod.)

Vom Standpunkt rein philologischer Kritik dürfte die Conjectur kaum anzufechten sein; verträgt sich aber ihr Resultat mit dem was wir sonst über die rechtliche Stellung der correi socii wissen?

Das Bestehn der Societät unter mehren correi ist von Wichtigkeit nicht blos für die Verhältnisse derselben zu einander, Regreßklage z. B., sondern auch dem dritten Gläubiger oder Schuldner gegenüber. Das pactum de non petendo geschlossen von einem

correus debendi socius kann auch vom andern benutzt werden fr. 24, 25 pr. de pactis 2. 14, dazu Savigny Obl. R. I § 18 x). Also nützt das factum des einen dem andern. Ebenso wenn einer von zwei rei promittendi socii eine compensable Gegenforderung erwirbt (fr. 10 de duob. reis). Umgekehrt wirkt er zur Aufhebung dieser Gegenfordrung mit, so wird man sagen müssen daß sein factum alteri noceat. Ebenso ist es gewis daß wenn ein correus stipulandi socius ein pactum de non petendo schließt, die Einrede daraus auch dem andern entgegen tritt (fr. 27 pr. de pact.), wieder also schadet das factum eines socius dem andern. Nach fr. 34 pr. de recept. 4. 8 scheint es als ob Paulus auch das Compromiß eines correus socius für und wider den andern wirken lassen wolle. Noch kommt das schon vorher erwähnte fr. 9 § 1 de duob. r. von Papinian in Betracht:

> sed si quis in deponendo penes duos paciscatur ut ab altero culpa quoque praestaretur, verius est non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio. non idem probandum est cum duo quoque culpam promisissent si alteri postea pacto culpa remissa sit, quia posterior conventio, quae in alterius persona intercessit statum et naturam obligationis, quae duos initio reos fecit, mutare non potest. quare si socii sint et communis culpa intercessit etiam alteri pactum cum altero factum proderit.

Wichtig für uns wird die Stelle von den Worten „non idem" ab. Zwei Depositare machen sich zu Correalschuldnern wobei jeder die Haftung auch für culpa übernimmt. Nun schließt einer von beiden einen Vertrag mit dem Deponenten, worin dieser diesen Depositar aus der Haftung für culpa entläßt. Dennoch hört das Rechtsverhältnis nicht auf Correalobligation zu sein. Dies pactum de remissa culpa kann nun auch dem andern Depositar zu Gute kommen, wenn beide socii sind; gebricht es an dieser Voraussetzung, so nützt das pactum des einen dem andern offenbar nicht. Aber wenn beide socii sind, nützt es dann immer? befreit es jeden von beiden von

aller Haftung für culpa? Der Antwort schicken wir die andere Frage voraus, für welche culpa überhaupt ein correus debendi ex deposito socius hafte? Nach der gewöhnlichen vornehmlich von Ribbentrop vertretenen und auf die gemeine Lesart unseres fr. 18 gestützten Ansicht, für jede eigene culpa und für jede culpa des andern reus debendi; ebenso nach unserer Ansicht, die nur darin von der communis opinio abweicht, daß diese die Haftung für die culpa des correus als Folge des Correalitätsverhältnisses an sich, wir dieselbe Haftung aus der mit dem Correalitätsverhältnis concurrirenden Societät erklären. Papinian sagt „si socii sint et communis intercessit culpa etiam alteri pactum proderit". Diesen Worten kann verschiedener Sinn unterlegt werden. Einmal: „nur wenn eine culpa communis, gemeinschaftliches Vergehen des A und des B gegen die Gesetze des Vertrags statt gefunden, soll das von A geschlossene pactum dem B nützen, nicht aber wenn A oder B allein in culpa sich befindet." Nach dieser Auslegung widerspricht fr. 9 § 1 cit. unserer Auffassung des fr. 18, aber der communis opinio nicht minder. Denn wenn das pactum des A den B zwar bei einer culpa communis von A und B aber nicht bei einer culpa des A allein schützen sollte, so müßten wir annehmen daß B wegen einer culpa des A überhaupt nicht hafte. Dann wäre hier der Satz ausgesprochen factum alterius ex duobus correis alteri non nocet, dem wir gern beistimmen; aber freilich auch der andere, den wir einstweilen noch nicht gutheißen wollen, factum alterius ex duobus correis sociis alteri socio non nocet. Hiergegen berufen wir uns auf die Möglichkeit Papinians Worte in anderer Weise als eben geschehen auszulegen: „Wenn die beiden Depositare socii sind und eine culpa platzgreift, die eben der Societät wegen eine culpa communis ist, so nützt das pactum des einen dem andern;" das „communis" ist hiernach zur „culpa" gesetzt nicht um diese von einer „culpa alterius tantum" zu unterscheiden, sondern um auf eine Eigenschaft hinzuweisen, welche die culpa immer annehmen muß, wenn die culpos Handelnden zugleich socii sind. Grammatisch halte ich diese Auffassung für ebenso zu-

lässig wie die erstgedachte. Da das aus ihr sich ergebende Resultat mit den übrigen Stellen zum besten harmonirt, so betrachte ich sie als die richtige Erklärung, und behaupte also daß unsere Emendation des fr. 18 durch dies fr. 9 § 1 direct bestätigt wird.

Wenden wir uns nochmals zu der andern dem Wortlaut vielleicht näherliegenden Auslegung des fr. 9 § 1. Nur bei der communis culpa schützt das pactum des A den B, dann sagten wir könne B für die reine culpa des A überhaupt nicht haften, denn vollständig inconsequent wäre es, wenn B zwar für die culpa des A aufkommen müßte wie für eigene culpa, von dem pactum aber das den A schützt doch nur gedeckt würde wenn er, B, mit A gemeinsam etwas versehen hätte, nicht auch dann wenn A allein sich vergangen und B nun aus der culpa des A belangt würde, während A selber durch das pactum gesichert ist. Schützt das pactum de remissa culpa bei reiner culpa des A nur den A und nicht auch den B, so läßt sich dies nur daraus erklären, daß bei reiner culpa des A der B dieses Schutzes nicht bedarf, indem er überall wegen reiner culpa des andern correus dem Gläubiger nicht verhaftet ist. Also trotz Correalität und Societät würde das Factum des einen dem andern nicht schaden. Sonach stünde fr. 9 § 1 im directen Widerspruch zu fr. 18, und da fr. 18 auch mit andern Quellenaussprüchen sich nicht vertragen will, so würde kaum andres übrig bleiben, als mit Kuntze dem „quoque" in fr. 18 ein „non" zu substituiren, so wenig lockend diese Emendation auch erscheinen mag.

Die praktischen Resultate: zu wählen haben wir nur zwischen zwei Möglichkeiten: entweder, ein correus debendi haftet für die culposen facta des andern überall nicht, factum alterius alteri non nocet, gleichviel ob dieser socius oder nicht; oder, ein correus debendi haftet für die Vergehungen des andern nur wenn er socius desselben ist, factum alterius alteri socio nocet, non socio non nocet, was der richtigen Lesart des fr. 18 und der richtigen Auslegung des fr. 3 § 1, und weiter demjenigen was wir sonst über die Stellung zweier correi socii wissen bestens zu entsprechen scheint.

III. Casus unus des § 2 Inst. de actionibus.

Eine Untersuchung, die auf ein andres Ziel ausging, führte beiläufig die Stellen zusammen, die meines Wissens in diesem Zusammenhange zur Lösung des vielbesprochenen Räthsels noch nicht benutzt sind. Da es eben nur Ein Fall sein soll, in welchem der Besitzende die Rolle des Klägers zu übernehmen hat, so giebt die Rechtfertigung der eigenen Ansicht zugleich die Widerlegung aller andern Meinungen, und man mag mir daher jede weitere Polemik, und ebenso die nach dem Vorgange von Francke (Probab. de uno casu 1839) von Vangerow (Pand. I § 332 N. 3) Fritz (Zeitschr. f. Civ. R. u. Pr. N. F. I. 2) und Zimmermann (ebend. XI. 8) sehr leicht herzustellenden Literaturangaben billig erlassen.

Die Worte des § 2, die für uns von Interesse sind, lauten:

> quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est; nam in his agit qui non possidet, ei vero qui possidet non est actio prodita, per quam neget rem actoris [alterius] esse. sane uno casu qui possidet nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit.

Zu den controversiae rerum corporalium gehört zweifelsohne auch die liberalis causa, bei der von der einen Seite der Sklave als Sache in Anspruch genommen wird. Die liberalis causa aber kann entweder eine ex servitute in libertatem proclamatio oder eine ex libertate in servitutem petitio (vindicatio) sein.

fr. 7 § 5, 27 § 1. 2 de lib. causa 40. 12.
fr. 39 § 5 de procuratoribus 3. 3.
fr. 8 § 2 rat. rem haberi 46. 8.
c. 21 de lib. causa 7. 16.
c. 1 de assertione toll. 7. 17.

Ob diese oder jene Art des Freiheitsprocesses stattfindet, hängt ab davon, ob der angebliche Sclave vor dem Processe in der possessio libertatis und zwar sine dolo malo sich befindet oder nicht; hatte

er die possessio, so kommt es zur vindicatio in servitutem, sonst muß er selber in libertatem proclamiren.

fr. 7 § 5, 10, 11, 12, 41 pr. de lib. causa; c. 21 eod.

Die praktische Verschiedenheit die hieran sich knüpft: ob der angebliche Herr den Beweis seines Eigenthums, oder der als Sklave in Anspruch genommene den Beweis der Freiheit zu erbringen hat. Wer im einen oder andern Fall zu beweisen hat, von dem wird gesagt petitoris oder actoris partes sustinet:

> fr. 7 § 5 cit.: si quis ex servitute in libertatem proclamat petitoris partes sustinet, si vero ex libertate in servitutem petatur, is partes actonis sustinet, qui servum suum dicit.

cf. fr. 12 de except. 44. 1; fr. 14 de probat. 22. 3.

Weiter aber wissen wir daß nach eingeleitetem Freiheitsproceß stets dem angeblichen Sklaven die possessio libertatis gewährt wurde, bei der in libertatem proclamatio so gut wie bei der in servitutem petitio:

> c. 14 de lib. c.: lite ordinata in possessione libertatis is, de cujus libertate quaeritur, constituitur, et interim pro libero habetur.

cf. fr. 24, 25 de lib. c.; fr. 2 § 24 de O. J. 1. 2.

Sonach scheint uns also in latioribus digestorum libris ausdrücklich gesagt zu sein, daß bei der in libertatem proclamatio qui actoris partes sustinet possidet libertatem, obwol er Kläger ist doch den Besitz hat.

Für das nach Deutschland übergeflossene Römische Recht spricht also § 2 cit. die Regel ohne Ausnahme aus, daß der Kläger bei den controversiae rerum corporalium kein Besitzer sei.

IV. Aus Th. Mommsens Römischer Chronologie bis auf Cäsar.

Der folgenden Mittheilung mag eine Bemerkung der Redaction vorausgehn. Das Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts soll ein Bild geben von dem was jetzt in Deutschland zu Nutz und Frommen des gemeinen Rechts gearbeitet wird. Darum haben

wir uns mit dem ersten Schritt in die Welt als Gegner der Einseitigkeit und Ausschließlichkeit in unserer Wissenschaft bekannt. Das Bild aber wollten wir nicht in der Art gewinnen, daß wir Berichte und Urtheile über die einzelnen beachtenswerthen Arbeiten aufstapelten; selbständige Forschungen von einer Ausdehnung, wie sie dem Raum der Zeitschrift entspricht, sollten sich zusammenfinden und von sich selber Zeugnis geben. Wir beharren hiebei und werden auch in Zukunft nicht „reine Recensionen" aufnehmen. Dagegen halten wir es für Pflicht auf Arbeiten aufmerksam zu machen, die obschon von erheblichem Werthe für die Rechtswissenschaft doch aus äußeren Gründen, oft trägt der Titel die Schuld, wenig Aussicht haben dem größeren juristischen Publicum bekannt zu werden. Wir werden aber auch in solchen Fällen nicht als Recensenten auftreten, sondern uns auf die Angabe der gefundenen Resultate und, soweit es uns gestattet ist, kleine Auszüge beschränken.

Theodor Mommsens Römische Chronologie dürfte zu den Büchern zählen, welche nur den wenigsten Praktikern in die Hand kommen. Wer gerade für Römisches Staatsrecht sich interessirt konnte schon wissen daß hier viel für ihn zu finden sein würde, die Lösung auch privatrechtlicher Fragen war nicht mit gleicher Sicherheit zu erhoffen. Auf diese wird sich unsere Mittheilung beschränken. Einmal ist es das zehnmonatliche Jahr und seine Bedeutung für das Römische Rechtsleben, worüber uns Mommsen Aufklärung schafft. Die besten Quellen bezeugen daß die Römer ein zehnmonatliches Jahr neben dem zwölfmonatlichen Staatsjahre gekannt haben, an eine Fiction späterer Zeiten ist hiebei nicht zu denken. Die Fristen des Waffenstillstands werden noch in geschichtlicher Zeit nach Zehnmonaten berechnet, die Fristen für Rückgabe der Dos, für die Trauer der Wittwen, der Kinder um die Eltern und der Eltern um die überzehnjährigen Kinder, werden ebenso als zehnmonatliche wie als Jahresfristen bezeichnet, wo nicht auf Baarzahlung verkauft ist pflegt zehn Monate Credit gegeben zu werden. Dagegen liegt

zu Tage daß der Gebrauch dieses zehnmonatlichen Jahres mit den von der Ueberlieferung ihm zugeschriebenen 304 Tagen mit vielen Unbequemlichkeiten verknüpft gewesen sein muß. Die Dauer der Monate entsprach dem Umlauf des Mondes nicht, noch erheblicher war die Differenz des ganzen Jahres von einem Sonnenjahr, und mit dem bekannten Römischen Kalender ist eine Ausgleichung gleichfalls unmöglich. Aber auch das Kalenderjahr wie es in wechselnder Gestalt vor Cäsar bestanden war eine ungefüge Erfindung, zu manchen Zwecken völlig unbrauchbar. Und gerade hieran knüpfen sich Vermuthungen, die die Entstehung und Entwickelung des zehnmonatlichen Jahrs erklären können.

Das älteste Römische Jahr hat abwechselnd 12 und 13 Monate von 27 bis 31 Tagen, im ganzen 355, 382 oder 383 Tage. Nach solchem Jahr mögen sich Feste sogut wie die Amtsdauer der Magistrate bestimmen lassen, für den bürgerlichen Verkehr ist es schlecht geeignet, Zinszahlungen, Pachtungen, Lieferungen auf Zeit sind danach nicht sicher zu berechnen. Dennoch mochte man sich nicht entschließen nur nach Tagen und Monaten den Geschäftsverkehr zu regeln, wir wissen bestimmt daß die Römer Zinszahlungen und Pachtungen nach Jahren zu verabreden pflegten, aber dies Jahr war nicht das schwankende Kalenderjahr sondern das feste, anfangs wenigstens relativ feste zehnmonatliche Geschäftsjahr. Denn die 304 Tage dieses Jahres sind nicht die ursprünglichen. Anfänglich umschloß dieses Jahr zehn Kalendermonate deren Gesammtlänge im Durchschnitt 295 Tage, höchstens 298 wenigstens 292 T. betrug. Schwankungen die dies Maß nicht überschreiten verträgt der bürgerliche Verkehr, und man genoß so den Vortheil, der oficiellen Zeitrechnung als Anhalt sich bedienen zu können. Als aber nach der Kalenderreform der Decemvirn die einzelnen Monate zwischen 23 und 31 Tagen schwankten, zwei aufeinander folgende Monate bald 50 bald 60 Tage umspannten, mußte die geschäftliche Zeitrechnung auf jeden Anschluß an den Staatskalender verzichten. Die Monate des Zehnmonatsjahrs wurden nun als Zwölftel des Sonnenjahrs von 365 Tagen auf 30⁵⁄₁₂ T. berechnet, woraus die Zahl von 304 Tagen

für das ganze Jahr sich ergiebt. „Gleichmäßig freilich war diese Frist, mehr sogar als die ursprüngliche; aber sie war in hohem Grade unbequem, insofern sie nicht blos wie die alte das Kalenderjahr, sondern auch den Kalendermonat ignorirte. Der Geschäftsverkehr scheint sich darum um diese unbequeme Frist nicht viel bekümmert, sondern so gut es gehn wollte sich mit der Rechnung nach Monaten oder Tagen beholfen zu haben, womit das spätere Verschwinden der Jahrzinssätze zusammenhängt, bis Caesars Kalenderreform ihn dieser argen Unannehmlichkeiten und Unsicherheiten überhob."

Ferner hat Mommsen die Reihenfolge der dies fasti, d. h. der „ungebotenen, bei der Wiederkehr des betreffenden Datums im Gemeindekalender mit rechtlicher Nothwendigkeit eintretenden Gerichtstage" bestimmt. Für die Zeit von Augustus und Tiberius fehlt es nicht an directen Ueberlieferungen, deren Divergenzen unter einander nicht sehr erheblich sind. Die Folge der Gerichtstage erscheint hiernach nicht als eine willkürliche, vielmehr tritt die Regel trotz vielen Abweichungen klar hervor (vergl. unten die Uebersichtstafel). Denn die Mehrzahl der Abweichungen läßt sich aus dem sonst bekannten genügend erklären. Was aber in dieser Zeit als Regel gilt, ist zum großen Theil neues Ursprungs. Abgesehn davon daß unter diesen dies fasti neun sich befinden, die erst von Caesar dem Jahr zugesetzt sind, fallen 24 dies fasti auf die Nachtage der Kalenden Nonen und Iden, die in der republicanischen Zeit von den Pontifices für vitiös erklärt worden waren. Dies und andres giebt Anhalt aus den bekannten Gerichtstagen der ersten Kaiserzeit die Reihenfolge der republicanischen dies fasti zu berechnen.

Die Kalenden, Nonen, Idus und Nundinen jedes Monats sind die regelmäßigen Gerichtstage der älteren Zeit. Die nundinae als vierter Römischer Monatseinschnitt sind bisher wenig bekannt gewesen. Sie sind wol zu scheiden von dem nundinum, der achttägigen Woche. Wenn Gellius (XX. 1. 46) erzählt inter eos (scil. LX) dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur .... tertiis autem nundinis capite

poenas dabant, so sind hier diese Monatstage gemeint, an denen auf dem Markt Gericht gehalten wurde, wogegen die Gemeinde, die nach alter Sitte in trinum nundinum entboten wurde, am 24sten Tage nach der Botschaft zusammenkommen sollte. Die Entdeckung dieser nundinae wirft Licht auf die alte Wocheneintheilung des Monats. „Die Römische und ohne Zweifel jede Lateinische Gemeinde war seit ältester Zeit, schon als man dieselbe noch blos nach dem Mondmonat und dessen Vierteln maß, gewohnt an den vier Phasentagen des Monats oder den Anfangstagen der 7—8tägigen bürgerlichen Woche sich zu versammeln. Die Ansetzung der Versammlungstage, das heißt der Wochenlänge mag man etwa in der Art sich denken, daß wenn der König die Phase wahrnahm, er sie abrief, und damit die Gemeinde von selber auf den nächsten Tag entboten war. Vielleicht schon früher, jedenfalls mit der Einführung des Pythagoreischen Kalenders trat an die Stelle dieses schwankenden ein zwar ungleicher, aber ein- für allemal fest bestimmter und getheilter, von dem Mond und dessen Phasen nicht zunächst abhängiger Monat; er zerfiel wie bisher in vier Wochen, allein die erste zählte jetzt im 31tägigen Monat 6, in allen übrigen 4, die dritte in der Regel 9, nur im 28tägigen Februar 8 und im 27tägigen Schaltmonat 7 (nach Caesars Kalender in den 30- und 31tägigen Monaten, wenn die Nundinen regelmäßig fielen, 10 und 11 Tage), die zweite und von außerordentlichen Verlegungen abgesehn auch die vierte durchgängig 8 Tage. Die Versammlungstage waren damit von selber gegeben, und eine Anfrage bei den kalenderkundigen Pontifices konnte nur vorkommen, theils hinsichts der nur nach Einsicht des Kalenders bestimmbaren Gerichtstage der künftigen Monate, theils insofern als einzelne Gerichtstage wol schon früh zu Festtagen (nefasti) wurden und damit ausfielen. Indessen war der Zweck dieser vier Versammlungstage nicht durchaus der gleiche. Die Kalenden und Idus waren wesentlich Gerichtstage. An den Nonen versammelte sich die Gemeinde ursprünglich um den König die in den Monat fallenden Gemeindefeste ankündigen zu hören. Auf die Nundinen des März und auf die des Mai fielen die beiden gro-

ßen Gemeindeversammlungen; aber auch an den Nundinen der andern Monate versammelte man sich in der Hauptstadt zur Erledigung der Verkehrsgeschäfte, was zur Folge hatte daß sich an den Namen der nundinae früh die Vorstellung des Marktes knüpfte. Spätere, wenn auch theilweise vielleicht schon in unvordenklich früher Zeit eingetretene Erweiterungen, wie sie theils die zunehmende Menge der Processe theils die Umwandlung einzelner Gerichtstage in Festtage hervorrief, sind die Aufnahme der Nonen unter die gesetzlichen oder factisch ständigen Gerichtstage. Aus der Gesammtheit dieser Ordnungen erklärt sich warum bis auf das Pinarische Gesetz vom J. 282 die Gerichtsfrist durchaus eine 30tägige war. Selbstverständlich konnte dieselbe nur von einem dies fastus zu einem d. f. laufen; und wenn man die 30 Tage so versteht daß eine Mondfrist vom Datum zum Datum gemeint ist, so ist dies in bestem Einklang damit, daß der Regel nach die vier Monatsabschnitte zugleich Gerichtstage gewesen sind."

Durch Macrobius (I. 16. 29) erfahren wir aus Granius Licinianus, daß das Hortensische Gesetz von 467 sich auf die Bestimmung der Nundinen zu Gerichtstagen bezogen: lege Hortensia effectum ut nundinae fastae essent, uti rustici qui nundinandi causa in urbem veniebant lites componerent. Ganz wörtlich ist dies wol nicht zu verstehen. Schon vor dem Hortensischen Gesetz sind Nundinen als Gerichtstage thatsächlich benutzt worden, das Gesetz mag den Gebrauch erweitert und befestigt haben. Die Nundinen von März und Mai an welchen wie schon erwähnt die großen Volksversammlungen statt fanden, erhalten im Kalender die Note: quando rex comitiavit fas, „das Gericht beginnt nachdem der König die Gemeindeversammlung geschlossen hat"; was wenn es auch später auf den Opferkönig bezogen wurde sicher nicht für diesen zuerst verordnet worden ist. Wahrscheinlich daß die lex Hortensia sich darauf beschränkt hat, die aus religiösen Gründen dem Gerichtsverkehr entzogenen Nundinaltage zu dies fasti zu machen.

Aus den genannten vier Reihen der Gerichtstage, Kalenden

Nonen Iden und Nundinen scheiden Festtage, dies feriati, und verrufene Tage, dies vitiosi, aus. Diese Ausnahmen mehren sich noch zu Cäsars und Augusts Zeiten. Die erheblichste Verminderung aber scheinen die dies fasti durch die Neuerung von Augustus erfahren zu haben, daß der Senat regelmäßig einmal im Monat an den Iden zusammentreten und darum an diesen Tagen keine Gerichtssitzungen stattfinden sollten; wenn Sueton auch die Kalenden neben den Iden als die Tage ordentlicher Senatssitzungen nennt, so dürfte er die Bestimmung irgend eines späteren Kaisers mit jener Ordnung vermengen. Einige dies fasti scheinen nicht sowol aufgehoben als auf einen anderen Kalendertag verlegt zu sein, so aus erweislichen Gründen die eigentlich auf die Nundinen des April und August fallenden Gerichtstage. Als Ersatz aber für die ganz ausfallenden dies fasti wird der stets wachsenden Zahl der Rechtshändel entsprechend eine noch größere Menge neuer Gerichtstage anerkannt, außer den von Cäsar in den Kalender neuaufgenommenen Tagen die Nachtage der Kalenden Nonen uud Iden, wie dies schon oben angedeutet worden. Als Resultat: in der Zeit des Augustus bestehen 53 dies fasti die sich in 7 Gruppen vertheilen lassen, Kalenden und Nachtage der Kalenden, Nonen und Nachtage der Nonen, Nachtage der Iden, Nundinaltage und welche an ihre Stelle getreten, endlich neun von Caesar neu datirte Tage. Warum die Reihe der Iden ausgefallen ist gesagt; daß auch die Nachtage der Nundinen zu Gerichtstagen gemacht seien, wird nirgends angedeutet. Zu besserer Uebersicht die nachfolgende Tabelle.

Endlich ist anzuführen daß Mommsen mit Hülfe einer kürzlich im Afrikanischen Cirta aufgefundenen Inschrift die viel bestrittene Frage welchem Tage des Julianischen Kalenders der Name bissextum zukomme, und zwar im Gegensatz zu Savigny (Syst. IV S. 456) entscheidet. Im Schaltjahr werden die betreffenden Tage des Februar datirt

Feb. 24	a. d. VI	Kal.	Martias
— 25	a. d. VI	—	—
— 26	a. d. V	—	—

streitig welcher von den beiden a. d. VI K. M. bezeichneten Tagen genauer a. d. bis VI K. M. zu bezeichnen, d. h. der eingeschaltete Tag ist. Die Inschrift lautet:

TEMPLVM DEDIC
L· VENVLEIO APRO
NIANO II· L· SERGIO
PAVLO II· COS
V· K· MART· QVI· DI
ES POST BIS· VI· K· FVIT

und bezeichnet also ausdrücklich den dem 26ten vorauf gehenden 25ten Februar als a. d. bis VI K. M.

Ein Gegenbeweis hierwider dürfte kaum möglich sein; überdies aber werden die einzelnen Argumente widerlegt, auf welche Savigny für seine Ansicht, daß der 24te Februar der Schalttag gewesen, sich beruft. Die Rechtsquellen sagen posterior dies intercalatur non prior (fr. 98 § 1 de V. S. 50. 16) und posterior dies Kalendarum intercalatur (fr. 3 § 3 de minor. 4. 4); unter dem dies posterior den frühern Tag zu verstehen ist trotz der rückläufigen Römischen Kalenderzählung sehr gezwungen. Etwas mehr Schein verleiht der gegentheiligen Annahme daß Censorinus und Macrobius mittheilen der Schalttag des Julianischen Jahrs werde eingelegt wo früher der Schaltmonat eingesetzt zu werden pflegte, nach den Terminalien, die auf den 23ten Februar fallen. Aber Mommsen zeigt daß auch der alte Schaltmonat nicht stets dem 23ten Februar gleich folgte, sondern bisweilen erst nach dem 24ten eintrat, womit dieser Gegengrund beseitigt ist.

Uebersichtstafel
der dies fasti der ersten Kaiserzeit.

	kal.	postr. kal.	non.	postr. n.	postr. id.	nund.	Caes.
Jan.	1	2	5	6	vit. interc.	—	29
Febr.	vitiosus	vit.	vit.	vit.	vit.	21	—
März	feriatus	2	7	8	16	24	—
April	1	2	vit.	fer.	vit.	23	26
Mai	1	2	7	8	16	24	—
Juni	vit.	2	vit.	vit.	14	15	29
Juli	vit.	vit.	vit.	vit.	16	—	—
Aug.	fer.	fer.	5	6	14	19	29 et 30
Sept.	1	fer.	5	6	14	23	29
Oct.	vit.	2	7	8	16	—	—
Nov.	1	2	5	6	14	—	29
Dec.	vit.	vit.	5	6	14	—	29 et 30.

V.

Literaturübersicht.

(August bis October 1858.)

1) Encyklopädie und Philosophie des Rechts; Aufgabe, Zweck, Methodik und Literatur der Rechtswissenschaft.

Beschorner, J. H., Ueber die Billigkeit u. deren Einfluß auf Gesetzgebung, Staatsverwaltung u. Rechtspflege. Eine juristisch-philosophische Abhandlung. Dresden. Adler & Dietze, gr. 8. Geh. 8 Sgr.

Danckwardt, H., Nationalökonomie u. Jurisprudenz. 3. Heft. Rostock. Leopold. gr. 8. Geh. ½ Thlr.

Ferrer Neto Paiva, V., Philosophia de direito. Tomo I: Elementos de direito natural. Terceira edição correcta e augmentada. Tomo II: Elementos de direito das gentes. Quarta edição correcta et augmentada. Coimbra. 1857. 8⁰. 4 Thlr.

Langenn, F. A. v., Doctor Melchior v. Ossa. Eine Darstellung aus dem 16. Jahrhundert. Leipz. Hinrichs. gr. 8. Geh. 1⅓ Thlr.

Pruner, J. E., Lehre vom Rechte u. der Gerechtigkeit. 2 Bd. A. u. d. T.: Restitutive Gerechtigkeit u. d. Gebote der Gerechtigkeit nach den Grundsätzen der Moraltheologie. Regensb. Manz. gr. 8. Geh. 1½ Thlr.

Wirth, K., Ueber den Wendepunkt der Rechtswissenschaft. Eine Bemerkung. München. Giel. gr. 8. Geh. 4 Sgr.

2) Geschichte und Quellen des Rechts; Exegese und Hülfsmittel zum Gebrauch der Quellen.

a) Römisches Recht.

Bröcker, L. O., Untersuchungen üb. d. Glaubwürdigkeit der altrömischen Verfassungsgeschichte. Hamb. Perthes-Besser & Mauke. gr. 8. Geh ⅚ Thlr.

Dirksen, H. E., die Quellen v. d. römischrechtl. Theorie v. d. Auslösung der in fremde Gefangenschaft geratenen Personen. Berl. Dümmler. in Comm. gr. 4. Geh. ⅓ Thlr.

Eisenlohr, Ch., Die Provocatio ad Populum. Ein Beitrag zur Geschichte des Röm. Strafrechts u. Strafverfahrens. 2. Th. A. u. d. T.: Die Provocatio ad Populum zur Zeit der Republik. Schwerin. Bärensprung. 8. Geh. 1 Thlr.

Gneist, R., de causae probatione stipulatoris ad Paulli fr. 25 § 4 de probationib. commentatio. Berol. Oehmigke in Comm. 4. Geh 8 Sgr.

Ihering, R., Geist des Röm. Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 2. Theil 2. Abthl. Leipz. Breitkopf & Härtel. gr. 8. Geh. 1⅔ Thlr.

Müller, C. D., Lehrb. der Institutionen. Leipz. B. Tauchnitz. Gr. 8. Geh. 3¾ Thlr.
Muther, Ferd. Fr. A., In fr. VI. communia praediorum commentatio. Erlang. Deichert. gr. 8. Geh. ⅓ Thlr.
Sanio, F. D., Zur Geschichte der Röm. Rechtswissenschaft. Ein Prolegomenon. Königsb. Gebr. Bornträger. gr. 8. Geh. ⅔ Thlr.
Schimmelpfennig, Hommel rediuiuus etc. 4. Lfg. Cassel. Fischer. gr. 8. Geh. ½ Thlr.
Voigt, M., das ius naturale, aequum et bonum u. ius gentium der Römer. 2. Bd. 2. Abth. Leipz. Voigt & Günther. gr. 8. Geh. 2⅙ Thlr.

b) Deutsches Recht.

Gindely, A., Geschichte der Ertheilung des Böhmischen Majestätsbriefs v. 1609. Prag. Bellmann. gr. 8 Geh. 1⅓ Thlr.
Hillebrand, deutsche Rechtssprüchwörter. Zürich. Meyer & Zeller. gr. 8. Geh. 1⅓ Thlr.
John, Das Strafrecht in Norddeutschland. S. sub 8.
v. Mohl, Geschichte rc. der Staatswissenschaften. S. sub 6.
Osenbrüggen, E., deutsche Rechtsalterthümer aus der Schweiz. 1. Heft. Zürich. Meyer & Zeller. Lex.=8. ⅓ Thlr.
Sauße, Die Rechtsbücher der Stadt Guben. Guben. Berger in Comm. gr. 4. Geh. ⅓ Thlr.

3) Gemeines Civilrecht.

Brentano, Die allg. dtsche. Wechselordnung sammt den Ergänzungsanträgen der Nürnberger Handels=Konferenz u. d. gesetzl. Modificationen der einzelnen Staaten nebst d. neueren Gesetzen üb. d. kaufmännischen Anweisungen. Nürnberg. Schmid. 4. verb. Aufl. gr. 8. Geb. 12 Sgr.
Gengler, H. G., das dtsche. Privatrecht in seinen Grundzügen für Studirende erörtert. 2. Aufl. Erl. Bläsing. 1859. gr. 8. Geh. 1 Thlr. 6 Sgr.
Hermann, R., der Rechtscharakter der Aktienvereine. Leipz. Hirschfeld. gr. 8. Geh. ½ Thlr.
Koch, C. F., Recht der Forderungen nach Gem. u. Preuß. Recht. 2. Ausg. 1. Bd. 3. u. 4. Lfg. Berl. Guttentag. 8. Geh. à ⅔ Thl.
Mommsen, Fr., Erörterungen aus dem Obligationenrecht. 1. Heft. Erörterungen über die Regel: Commodum ejus esse debet, cuius periculum est. Braunschweig. Schwetschke & Sohn. 1859. gr. 8. 18 Sgr.
Pagenstecher, E., die Röm. Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit. 2. Abthl. Erwerb u. Verlust des Eigenth. Heidelb. Bangel & Schmitt. gr. 8. Geh. 2 Thlr. 6 Sgr.
Straß, K. F. H., die allg. dtsche. Wechselordnung erläutert u. verglichen mit d. Gesetzgebungen des Auslands, nebst einer Darstellung des Wechselproceßverfahrens in den verschiedenen dtschn. Staaten. Berl. G. Reimer. gr. 8. Geh. 1¼ Thlr.
Unterholzner's, K. A. D., Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre rc. 2. Aufl. Bearbeitet v. Th. Schirmer. 2. Bd. Leipz. Barth. gr. 8. Geh. 2½ Thlr.

4) Partikuläres Civilrecht.

Ergänzungen u. Erläuterungen der Preuß. Rechtsbücher durch Gesetzgebung u. Wissenschaft. 4. Ausg. Bearbeitet v. Rönne. 1. Bd. Ergänzungen des Allg. Landrechts. Th. I. Lfg. 2. Berl. Decker. 4. Geh. 1 Thlr.

Fecht, H. A., Gesetz v. 23. Juni 1853 betr. die Beseitigung der bei Liegenschafts-Veräußerungen u. insbesondere bei der Zerstückelung v. Bauergütern vorkommenden Mißbräuche. Stuttgart. Metzler. 3. Aufl. 8. Geh. 9 Sgr.
Hahn, O., die Preußischen Gesetze u. Verfügungen üb. Vorfluth, Ent- u. Bewässerungen u. d. Deichwesen, sowie überhaupt die Benutzung der öffentlichen u. Privatgewässer. Breslau. Kern. gr. 8. Geh. 1/2 Thlr.
Koch, C. F., Recht der Forderungen. S. sub 3.

5) Civilprozeß, Gerichtsverfassung, Praxis und freiwillige Gerichtsbarkeit.

Berner, F., das Verfahren in bürgerlichen Streitsachen vor den Württembergi-Gerichten, dargestellt in Zusätzen zu D. H. J. P. von Bayer's Vorträgen über den gem. ordentl. Civilprozeß. Nach (d. Verf.) Tode ergänzt u. hrsg. v. Schäfer. 1. Heft. Allg. Theil. Stuttgart. Belser. gr. 8. Geh. 1 Thlr. 12 Sgr.
Callenberg, F. J., Reglement der Subaltern-Bureau's der Kgl. Preuß. Gerichte in seiner jetzigen Gestalt. 2. Lfg. Sigmaringen. Liehner. Lex.-8. Geh. 1/4 Thlr.
v. Orelli, A., Studien über den gerichtl. Eid. Zürich. Orell, Füßli & Co. 8. 15 Sgr.
Preußischer Terminkalender f. d. J. 1859. 7. Jahrg. Berl. Decker. 16. Engl. Einband 3/4 Thlr., durchschossen 27½ Sgr.
Ucke, Geschäfts- u. Dienstordnung betr. die Rechtsanwalte u. Notare in denjenigen Provinzen des Preuß. Staats, in welchen das Allg. Landrecht u. d. Gerichtsordnung gelten. Breslau. Kern. gr. 8. Geh. 1/3 Thlr.
Wegner, J. G., Grundzüge der Gerichtsverfassung u. d. untergerichtl. Verfahrens sow. in streitigen Civilsachen als bei den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Kurhessen. 4. Aufl. 1. Lfg. Marburg. Elwert. gr. 8. Geh. 1 Thlr.

6) Staats-, Völker- und öffentliches Recht.

Bulmerincq, A., die Systematik des Völkerrechts. 1. Thl. A. u. d. T. die Systematik des Völkerrechts von Hugo Grotius bis auf die Gegenwart. Dorpat. Gläser's Verlag. Lex.-8. Geh. 2 Thlr.
Corpus iuris confoederationis Gemanicae od. Staatsacten für Geschichte u. öffentl. Recht des dtschn. Bundes. Hrsg. v. P. A. G. v. Meyer. Ergänzt v. H. Zöpfl. 3. Aufl. 2. Bd. 2. u. 3. Lfg. Frankf. a. M. Brönner. hoch 4. à 1 Thlr.
Das Staatslexikon. Hrsg. v. K. v. Rotteck u. K. Welcker. 3. Aufl. Hrsg. v. K. Welcker. 23. 24. 25. 26. Hft. Lpz. Brockhaus. Lex.-8. à 8 Sgr.
Deutsche illustrirte Adelsrolle des 19. Jahrhunderts. Vollständige Sammlung der Wappen des dtschn. Adels in authent. Abdrücken v. d. Originalwappen. 2. 3. Hft. Leipz. Schäfer. gr. 8. Geh. à 1/3 Thlr.
Deutsches Staatswörterbuch 2c. hrsg. v. Bluntschli u. Brater. 30. Hft. Stuttg. Expedit. des Staatswörterb. gr. 8. 1/3 Thlr.
Ferrer Neto Paiva, V., Elementos de direito das gentes s. sub 1.
Hannover'sche Gesetzgebung über die Verhältnisse der Kgl. Diener. Hannover. Hahn. gr. 8. Geh. 2½ Sgr.
Hof- u. Staatshandbuch für das Großherzogth. Baden. 1858. Carlsr. Braun. gr. 8. Geh. 1 Thlr. 6 Sgr.
Kneschke, E. H., Neues allg. dtsches. Adelslexikon 2c. 1. Bd. 1. Abth. Leipz. Voigt. 1859. gr. 8. Geh. 1 1/3 Thlr.

Königl. Württembergisches Hof- u. Staatshandbuch. Hrsg. v. d. K. statistisch-topographischen Bureau. 1858. Stuttg. Fr. Köhler. Cart. 1 Thlr. 18 Sgr. engl. Einband 1 Thlr. 26 Sgr.

Martens, G. F., Précis du droit des gens moderne de l'Europe. Nouvelle édition; revue, accompagnée de notes de Pinhero-Ferreira précédée d'une introduction et complétée par l'exposition des doctrines des publicistes contemporains, et suivi d'une bibliographie raisonnée du droit des gens par C. Vergé. 2 vol. Paris 8. 4 Thlr.

Martens, Ch. de, Causes célèbres du droit des gens. 2. Edit. 2 Tomes. Leipz. Brockhaus. gr. 8. Geh. 5 Thlr.

Mohl, R. v., die Geschichte u. Literatur der Staatswissenschaften. In Monographien dargestellt. 3. Bd. Erl. Enke. Lex.-8 Geh. 4⅔ Thlr.

Nipperda, F. v., Zur Revision der Verfassung f. d. gemeinschaftl. Angelegenheiten der dänischen Monarchie. Kopenhagen (Leipz. Lorck.) gr. 8. Geh. 9 Sgr.

Staatshandbuch f. d. Kgr. Sachsen. 1858. Hrsg. v. Ministerium des Innern. Leipz. Fleischer. gr. 8. Cart. Baar 1½ Thlr.

Staats- u. Gesellschaftslexikon rc. hrsg. v. H. Wagener. 2. Hft. Berl. Heinecke. Lex.-8. Geh. ⅓ Thlr.

Quellen des dtschen. Bundesrechts. Mainz. v. Zabern. 12. Geh. ¼ Thlr.

Zur dänisch-deutschen Frage. Von einem dtschn. Gesammtstaatsmann. Kopenhagen (Leipz. Lorck) gr. 8. Geh. 9 Sgr.

7) Kirchenrecht.

Bangen, J. H., Instructio practica de sponsalibus et matrimonio in usum sacerdotum curatorum. I. de sponsalibus. Muenster. Aschendorff. gr. 8. Geh. ⅓ Thlr.

Basaroff, J., die Ehe nach der Lehre u. d. Ritus der orthodoxen russischen Kirche. Karlsruhe 1857. 8. 7½ Sgr.

Floß, H. J., die Papstwahl unter den Ottonen nebst ungedruckten Papst- u. Kaiserurkunden d. 9. u. 10. Jahrhunderts. Freiburg i. Br. Herder. gr. 8. Geh. 1⅓ Thlr.

Krabbe, O., Ueber das in der Sache des Prof. D. Baumgarten in Rostock erforderte u. abgegebene Gutachten des Großherzogl. Mecklenburgischen Consistoriums. Schwerin. Stiller. gr. 8. Geh. ⅚ Thlr.

Leonis VIII. privilegium de investituris Ottoni I. imperatori concessum nec non Ludovici Germanorum regis summorum pontificum archiepiscoporum Coloniensium aliorum saeculi VIIII, X, XI epistolae. Ex codice Trevirensi ed. H J. Floss. Friburg. Herder. gr. 8. Geh. 1⅓ Thlr.

Maurer, W., Ueber Eigenthum an Kirchen mit Dependenzen in den deutschen, vormals mit Frankreich vereinigten, Gebieten auf der linken Seite des Rheins. Darmstadt. Jonghaus, gr. 8. Geh. 1 Thlr.

Richter, A. L., Lehrb. des kathol. u. evangel. Kirchenrechts. Mit besonderer Rücksicht auf dtsche. Zustände verfaßt. 5. Aufl. Leipz. B. Tauchnitz. gr. 8. Geh. 3 Thlr.

Teutsch, G. D., das Zehntrecht der evangel. Landeskirche A. B. in Siebenbürgen. Eine rechtsgeschichtl. Abhandl. Schäßburg. Habersang in Comm. gr. 8. Geh. 1⅓ Thlr.

Zu der Baumgarten'schen Angelegenheit. Ludwigslust. Hinstorff. gr. 8. Geh. ⅙ Thlr.

8) Kriminalrecht und Proceß.

Der Giftmord in Elberfeld. Wörtliche Berichte über den Kriminalproz. gegen A. Steiniger u. G. Krause, Wittwe A. Gerken. Stenographisch aufgenommen v. H. Lüders. Elberfeld. Lucas. gr. 12. Geh. ¼ Thlr.

Der neue Pitaval ꝛc. Hrsg. v. J. E. Hitzig und W. Häring 2. Aufl. 5. 6. 7. Thl. Leipz. Brockhaus. gr. 12. Geh. à 1 Thlr.

Herbst, E., Handb. des allg. österr. Strafrechts. 1. Bd. Von den Verbrechen. 2. Aufl. Wien. F. Manz. 1859 gr. 8. Geh. 2 Thlr.

John, R. E., das Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher. Ein Beitrag zur Geschichte des dtschn. Strafrechts. 1. Thl. Leipz. Hirzel. gr. 8. Geh. 2 Thlr.

Köstlin, C. R., Abhandlungen aus dem Strafrecht. Nach des Vf. Tod hrsg. v. Th. Geßler. Tübing. Laupp. gr. 8. Geh. 2¼ Thlr.

Ortloff, H., das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen u. Hauptformen. Jena. Mauke. gr. 8. Geh. 1 Thlr.

Practische Anleitung zu dem Untersuchungs- u. Strafverfahren in jenen Uebertretungsfällen, welche den K. K. Bezirks- u. Stulrichterämtern, dann den C. F. Polizeibehörden durch die k. Verordnung v. 20. Juni 1858 zugewiesen sind. Wien. Fr. Manz. Lex.-8. Geh. 1 Thlr. 4 Sgr.

Rulf, F., Erläuterung der kaiserl. Verordnung v. 3. Mai 1858, wodurch die österr. Str. Proz. Ordn. v. 29. Juli 1853 in einigen Punkten abgeändert wird. Mit Nachträgen zu dem Commentar der Str. Proz. Ordn. Wien. F. Manz. gr. 8. Geh. 12 Sgr.

Stemann, C. v., Darstellung des Preuß. Strafverfahrens. Berl. G. Reimer. gr. 8. Geh. 1¼ Thlr.

9) Zeitschriften und casuistische Literatur.

Ackermann, G. A., Rechtssätze aus Erkenntnissen u. Verordnungen der obersten Justiz- u. Spruchbehörden des Kgr. Sachsen. N. F. 8. Bd. 3. Hft. Wurzen. Verlags-Comtoir. gr. 8. Geh. ⅔ Thlr.

Allgem. dtsche. Schwurgerichtsztg. f. Deutschland und die Schweiz. Hrsg. v. Demme u. Barth. 3. Bd. (1858. 2 Semester.) 1. Heft. Augsb. Kollmann. gr. 8. pr. cplt. 2 Thlr.

Archiv für dtschs. Wechselrecht hrsg. v. Siebenhaar u. Tauchnitz. 7. Bd. 2 Hft. Leipz. B. Tauchnitz. gr. 8. ⅔ Thlr.

Archiv für die strafrechtl. Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands. Hrsg. v. J. D. H. Temme. Jahrg. 1858. 2. Hft. Erl. Enke. gr. 8. ⅔ Thlr.

Beiträge zur Erläuterung d. Preuß. Rechts durch Theorie u. Praxis. Hrsg. v. J. A. Gruchot. 2. Jahrg. 2. Hft. Hamm. Grote. gr. 8. ⅔ Thlr.

Die Strafrechtspflege in Dtschlnd. Zeitschrift in zwanglosen Heften. 5. Heft. Weimar. Landes-Industrie-Comtoir. gr. 8. 12 Sgr.

Entscheidungen des Kgl. (Preuß.) Ober-Tribunals hrsg. v. Decker, Boswinkel u. Heinsius. 38. Bd. 3. Folge 8. Bd. 1. u. 2. Heft. Berl. Hegmann. gr. 8. pro cplt. 2 Thlr.

Heyde, W. G. v. der, Entscheidungen des Gerichtshofs f. Kompetenzstreitigkeiten in Landes- u. Gemeindeverwaltungsangelegenheiten u. in Polizeisachen u. Erlasse der Kgl. Ministerien über Ressortverhältnisse u. Amtsbefugnisse. Stettin. Saunier. 8. Geh. 28 Sgr.

Jahrbücher der dtschn. Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung. Hrsg.

v. H. Th. Schletter. 4. Bd. 2. u. 3. Hft. Erl. Enke. gr. Lex.=8. à ⅔ Thlr.

Jahrbücher für die Dogmatik des heutig. Röm. u. Dtschn. Privatrechts. Hrsg. v. v. Gerber u. Jhering. 3. Bd. 1. Hft. Jena. Mauke. gr. 8. pro cplt. 2 Thlr.

Kritische Ueberschau der dtschg. Gesetzgebung u. Rechtswissensch. hrsg. v. Arndts, Bluntschli u. Pözl. 6. Bd. 2. Heft. München. Literar. artist. Anstalt gr. 8. 24 Sgr.

Neues Archiv f. Handelsrecht hrsg. v. J. F. Voigt u. E. Heinichen. 1. Bd. 3. Hft. Hamburg. Perthes=Besser & Mauke. gr. 8. ⅔ Thlr.

Peitler, F., Sammlung v. Entscheidungen zum allg. österreich. bürgerl. Gesetzbuch. 5. 6. Lfg. Wien. F. Manz. Geh. à ⅓ Thlr.

Sammlung der Entscheidungen des O. A. G. der 4 freien Städte zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen. 3. Bd. 3 Hfte. Frankf. Sauerländer's Sort. Buchh. gr. 8. à Heft 27½ Sgr.

Striethorst, Th., Rechtsgrundsätze der neusten Entscheidungen des Kgl. (Preußisch.) Ober=Tribunals. 2. Bd. Berl. Guttentag. gr. 8. Geh. 2⅔ Thlr.

Zeitschrift für Civilrecht u. Proz. hrsg. v. v. Linde u. Schulte. N. F. 16. Bd. 1. Hft. Gießen. Ferber. gr. 8. pro cplt. 2 Thlr.

Zeitschr. f. Gesetzgebung u. Rechtspflege im Kgr. Bayern. 5. Bd. 2. Heft. Erlangen. Palm & Enke. Lex.=8. ⅔ Thlr.

Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung 2c. f. d. Kgr. Sachsen. Hrsg. v. T. Tauchnitz. N. F. 17. Bd. 3. Hft. Leipz. B. Tauchnitz. gr. 8. ½ Thlr.

10) Gesetze, Gesetzsammlungen, populäre Literatur, Justizpolitik, encyklopädisch=lexikalische Werke u. Anderes.

Anwaltstaxordnung f. d. Großherzogth. Baden. Nach d. Stand v. 1858. Carlsruhe. Gutsch. gr. 8. Cart. 18 Sgr.

Ast, H., Alphabet. Sammlung aller polit. Gesetze des Kaiserth. Oesterreich. 5—8. Lfg. Wien. Manz in Comm. gr. 8. à 28 Sgr.

Blaschke, J., Kurzgefaßte Darstellung d. österr. Wechselrechts 2c. für Unterrealschulen, für den Gewerbsstand 2c. Wien 1859. Manz. gr. 8. Geh. 14 Sgr.

Chronologisk Samling af de i Kong Christian den Ottendes Regjeringstid udstedte Forordninger, Rescripter o. s. v. for Hertugdommet Slesvig. I Bind. 1839—1842. Kjøbenhavn. 1857. 4. 5 Thlr. 15 Ngr.

Entwurf eines allg. dtschn. Handelsgesetzbuchs. Nach den Beschlüssen der zweiten Lesung. Würzburg. Stahel. gr. 8. Geh. 18 Sgr.

Freudentheil I., die Justizvorlagen u. der Anwaltstag in Celle. Stade. Pockwitz in Comm. gr. 8. Geh ¼ Thlr.

Gesetze, Verordnungen u. Ausschreiben f. d. Bezirk des Kgl. Consistorii zu Hannover, welche in Kirchen= u. Schulsachen ergangen sind. Zusammengestellt v. C. H. Eberhardt. 1. Folge 1845—1857. Hannover. Helwing. gr. 8. Geh. 2 Thlr.

Gesetzsammlung f. d. Mecklenburg=Strelitzischen Lande red. v. Th. Scharenberg u. F. Genzken. 2. Lfg. Neu=Strelitz. Barnewitz. gr. 8. Geh. 17½ Sgr. Velinp. 1⅙ Thlr.

Gulich, J., die Rechtssprache u. das Sprachrecht. Altona. Hammerich in Comm. 8. Geh. 3 Sgr.

Hocker, N., Sammlung der Statuten aller Actien= u. Commanditgesellschaften Deutschlands 2c. 1. Bd.: die Banken. 3. Lfg. Cöln. Greven. Lex.=8. 1 Thlr.

Komberger, der Wechsel u. das Wechselgeschäft unter Berücksichtung der allg.

dtschn. Wechselordnung. Freiburg i. Br. Wangler in Comm. gr. 8. Geh. ½ Thlr.

Kunze, J. E., das ius respondendi in unserer Zeit. Ideen üb. d. moderne Rechtsfortbildung. Leipz. Hinrichs. gr. 8. Geh. ¼ Thlr.

Neue Gesetze, Verordnungen ꝛc. f. d. Kgr. Bayern. 6. Bdchen. 1. u. 2. Lfg. München. Franz. gr. 8. Geh. à ⅓ Thlr. Schreibp. in Lex.-8. à 24 Sgr.

Neue Justiz-Gesetze u. **Verordnungen** f. d. Kgr. Bayern. 1. Bdchn. 2. Lfg. München. Franz. 8. Geh. 12 Sgr.

Nieper, Die Justizreform-Frage im Kgr. Hannover. Hannover. Rümpler. gr. 8. Geh. 6 Sgr.

Protokolle der Kommission zur Berathung eines allg. dtschn. Handelsgesetzbuchs. Hrsg. v. J. Lutz. 2. Thl. 2. Heft. u. 3. Thl. 3. Heft. Würzburg. Stahel. gr. 8. Subscr. Pr. 2 Thlr. 14 Sgr.

Rechtslexikon ꝛc. Bearb. v. J. Weiske. 12. Bd. 5—7. Lfg. 13. Bd. 1. Lfg. Leipz. O. Wigand. gr. 8. Geh. à ⅔ Thlr. Velinpap. à ⅚ Thlr.

Rettig, F., Formularbuch f. d. Großherzogth. Baden, enth. Anleitungen u. Formulare, Verträge u. Rechtsgeschäfte abzuschließen u. sich dabei vor Nachtheil zu bewaren. 6. Aufl. Freiburg i. Br. Wangler. 8. Geh. 1 Thlr.

v. **Rössing**, Zur Justizreform im Kgr. Hannover. Hildesheim. Gerstenberg. gr. 8. Geh. ⅙ Thlr.

Sammlung der seit dem Regierungsantritt S. M. Kaiser Franz Josephs I. bis zum Schlusse d. J. 1855 erlassenen u. noch in Kraft stehenden Gesetze u. Verordnungen im **Justiz-Fach** f. d. **Kaiserth. Oesterreich**. 12. Bd. Wien. F. Manz. gr. 8. Geh. 24 Sgr. 13. Bd. 1 Thlr. 4 Sgr.

Sammlung der für die **Kgl. Preuß. Rhein-Provinz** seit d. J. 1813 hinsichtlich der Rechts- u. Gerichts-Verfassung ergangenen Gesetze, Verordnungen, Ministerial-Rescripte ꝛc. hrsg. v. Marquardt. 11. Bd. Berl. G. Reimer. gr. 8. 1¼ Thlr.

Städteordnung f. d. **Kgr. Hannover** v. 24. Jan. 1858. Hannover. Hahn. gr. 8. Geh. 2½ Sgr.

Städteordnung vom 30. Mai 1858 f. d. **sechs östl. Provinzen der Preuß. Monarchie**. Nordhausen. Büchting. gr. 8. 1½ Sgr.

Staas, W., Anleitung zur Führung der Geschäfte der Dorfschulzen und Dorfgerichte. Landsberg a. d. Warte. Volger u. Klein in Comm. gr. 8. Geh. ⅚ Thlr.

Strafgesetzbuch u. **Strafprozeßordnung** f. d. **Kgr. Sachsen** nebst den dazu gehörigen Gesetzen u. Verordn. u. ausführl. Sachregister. 2. Aufl. Dresd. Meinhold & Söhne. gr. 16. Geh. 1 Thlr.

Strafprozeßordnung u. **Strafgesetzbuch** f. d. **Großherzogth. Oldenburg**. Oldenburg. Schulze. gr. 8. Geh. 1⅓ Thlr.

Zeitschrift für Gesetzgebungs- u. Verwaltungsreform. 2. Heft. Nördlingen. Beck. gr. 8. 18 Sgr.

11) Ausländisches Recht.

Angelt, J. K., and Th. **Durfee**, A Treatise on the Law of Highways. Boston. 7 Thlr.

Bernard, Manuel des pourvois et des formes de procéder devant la cour de cassation en matière civile. Paris. 8. 2 Thlr. 10 Sgr.

Bishop, J. P., Commentaries on the Criminal Law. Vol. II. Boston. 10 Thlr.

Blackstone, W., The Student's Blackstone-Selections from the Commentaries on the Laws of England etc. By Kl. W. Kerr. London. 3 Thlr. 18 Sgr.

Богдановскiй, A. Развитie понятiй о преступленiи и наказанiи въ Русскомъ правѣ до Петра великаго. Москва. 1857. 8. 1 Thlr. 10 Sgr. Bogdanowskij, Entwickelung v. Verbrechen u. Strafen im Russisch. Recht bis auf Peter d. Gr.

Brightly, F. C., An Analytical Digest of the Laws of the United States from the Adoption of the Constitution to the end of the thirtyfourth Congress. 1788—1855. Philadelphia 8. 12 Thlr.

Chitty, Th., Forms of Practical Proceedings in the Courts of Qeens Bench, Common Pleas, and Exchequer of Pleas. with Notes and Observations thereon. 8th edit. London. 12 Thlr.

Codigo commercial portuguez seguido dos appendices, que contêm a legislação, que tem alterado alguns de sens actigos. Coimbra. 1856. 3 Thlr.

Coetsem, G. E. van, Du droit pénal au XIIIe siècle dans l'ancien duché de Brabant considéré en lui-même et dans ses rapports avec le droit public. Gand. 1857. 8⁰. 1 Thlr. 20 Sgr.

Curtis, G. T., History of the Origin, Formation and Adoption of the Constitution of the United States, with Notices of its principal Farmers. Vol. II. New-York. 8. 4 Thlr.

van Damme, J., La main-morte et la Charité. Bruxelles. 1857. 2 Thlr. 7½ Sgr.

Damourette, J. P., Brevets d'invention, dessins et marques de fabrique. Etudes sur les lois actuelles et sur les modifications qu'il convient d'y apporter. Paris. V. Dalmont. gr. 8. 3 fr.

Das neueste schwedische Wechselgesetz. In's Deutsche übersetzt v. J. S. Lowe. Hamburg. Nestler & Melle. 12. Geh. 9 Sgr.

Dufour, G., De l'Empropriation et des dommages causés à la propriété. Traité pratique etc. Paris. 2 Thlr. 10 Sgr.

Dufresne, A., Traité théorique et pratique sur le Tarif des droits et indemnités alloués aux greffiers en chef des cours impériales et des tribunaux de première instance, en matière criminelle et correctionelle. Paris. 8. 2 Thlr. 10 Sgr.

Edwards, Is. A., Treatise on Bills of Exchange and Promissory Notes. Albany. 8. 12 Thlr. 24 Sgr.

Etudes sur le règne de Louis XIIII. Histoire littéraire, moeurs et coutumes, — législation, par Saint-Marc Girardin, E. Barrière, H. Taine, Baudrillard, de Royer, Ph. Chasles. Bruxelles. In 12. 1 Thlr.

Frouart, A., De la société en commandite par actions d'après l'ancien droit, le code Napoléon, le code de commerce, le code pénal etc. Paris. 1 Thlr.

Haynes, Freeman Oliv., Outlines of Equity; being a Series of Elementary Lectures, delivered at the Request of the Incorporated Law Society. Cambridge. 8. 4 Thlr.

Hilliard, Fr., The Law of Vendors and Purchasers on Real Property. 2 vls. Boston. 14 Thlr.

Jeannest Saint-Hillaire, A., Du notariat et des offices. Paris. 8. 1 Thlr. 20 Sgr.

Jurisprudence génerale. Table de quinze années (1841—1856) du Recueil périodique de jurisprudence, de législation et de doctrine, par Dalloz aîné et Arm. Dalloz, avec la collaboration de L. Brésillon et de Jul. Janet. 2e livrais. M-Z. Paris. 4⁰.

Konegliche Rescripter og Resolutioner Love og Expeditioner, Geistlisheden i Danmark vedkommende. Samlede og udgivne af C. F. Schwartzkopf (Ny Rekke) Fjerde Binds 1. Hefte. 1852. Kiøbenhavn. 1857. 8. 1 Thlr. 10 Sgr.

Konegliche Rescripter og Resolutioner, Reglementer, Instruxer og Fundatser samt Ministerial-Scrivelser, met flere Danmarks Lovgivning vedkommende offentlige Aktenstykker for Aaaret 1851, samlede og udgivne af T. Algreen. Ulsing. Nyeste Raekke. Kiøbenhavn 1857. 4. 5 Thlr. 15 Sgr.

Laboulaye, M. Ed., Etudes sur la propriété litéraire en France et en Angleterre; suivies des trois discours prononcés au parlement d'Angleterre par M. T. Noon Talfourd; traduites de l'anglais par M. Paul Laboulaye. Paris. Durand. In 8. 3 fr.

Laferrière, F., Histoire du droit français, précédée d'une introduction sur le droit civil de Rome. Tome V & VI. Coutumes de France dans les diverses provinces. Paris. 6 Thlr. 20 Sgr.

Larombière, L., Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire des titres III & IIII, livre III du code Napoléon. Art. 1101 à 1386. 5 vol. Paris 1857—58. 8. 13 Thlr. 10 Ngr.

Maclaren, J., A Sketch of the History of the Currency; comprising a brief Review of the opinions of the most Eminent Writers on the Subject. London. 3 Thlr. 24 Sgr.

Macqueen, J. F., A Practical Treatise on Divorce and Matrimonial Jurisdiction under the Act of 1857; and New Orders. London. 4 Thlr. 6 Sgr.

Merger, C. B., Des Assurances terrestres, traité théorique et pratique etc. Tome Ier: Assurances sur la vie à primes fines. Paris. 8. 1 Thlr. 20 Sgr.

Morley, W. H., The Administration of Justice in British India: its Past History, and Present State. London. 6 Thlr.

О публичности и устности уголовнаго судопроизводства по русскому положительному прэву. Санктпетербургъ, 1857. 8. 18 Sgr. (Von Oeffentlichkeit u. Mündlichkeit in der Kriminalrechtspflege nach Russischem Recht. Petersburg.)

Pierce, E. L., A Treatise on American Railroad Law. New-York. 8. 10 Thlr.

Pouget, L., Pricipes de droit maritime, suivant le Code de commerce français; analogie avec les lois ou codes étrangers. Assécurances, capitaine, armateur, contrat à la grosse, affrétément, fret, connaisement, consuls etc. 2 vol. Paris 1857. 8. 5 Thlr. 10 Sgr.

de Robaulx de Soumoy, A. L. P., Etude historique sur les tribunaux militaires en Belgique. Bruxelles 1857. 8. 24 Sgr.

Schrevelius, F., Lärobok Sveriges allmänna nu gällande Civil-Rätt. Andra Delen. Förmögenhetsrätten. Andra upplagan. Lund 1857. 4 Thlr.

Segesser, A. P. v., Rechtsgeschichte der Stadt u. Republik Lucern. 4. Bd. 2. Lfg. Luzern. Gebr. Räber. gr. 8. Geh. 1¼ Thlr.

Waddilove, A., The Act to amend the Law relating to Probates and Letters of Administration in England; with the Rules and Orders. London. 8. 3 Thlr.

Weatherly, E., Practical Guide in Obtaining Probates, Administrations etc. in Her Majesty's Court of Probate under the tot 20 and 21 Vict. cap. 77. with numerous Precedents, London. 8. 8 Thlr. 12 Sgr.

Wetten, decreten, besluiten en tractaten op den waterstaat in Nederland. Met anteekeningen van J. F. Boogaard. 1e gedeelte. 's Gravenhage. 1 Thlr.

Recensionenverzeichniß.

(August bis October 1858.)

Anleitung zu d. Untersuchungs- u. Strafverfahren. Oesterr. Ztschr. für innere Verwaltung 38.
Beschorner, dtsches Eisenbahnrecht. Schletter, Jahrb. IIII. 2. Bank- u. Handelsztg. 191.
Blaschke, Oesterreich. Wechselrecht. Kath. Literat. Ztg. 30.
—— —— Wechselproz. Kath. Liter. Ztg. 30.
Boehlau, constitutiones novae. Gersdorf, Repertor. 15. Goltdammer, Archiv 4.
Brachelli, dtsche. Staatenkunde. Hanus, Krit. Bl. 32.
Brauer, dtsche. Schwurgerichtsgesetze. Bank- u. Handelsztg. 194. (Thüringer) Blätter f. Rechtspfl. 8.
Bluhme, Kirchenrecht. Evangel. Gemeindebl. f. Rheinl. u. Westphl. 17. Kathol. Literat. Ztg. 38. Literar. Centralbl. 40.
Brinz, Pandekten. (Heidelb.) Krit. Ztschr. V. 4 & 5.
Cäsar, Handlexik. d. Preuß. Civilrechts. Der Gerichtssaal 3. Aachner Ztg. 198. Magaz. für hannoverisches Recht 2. Literar. Centralbl. 37.
Dankwardt, Nationalökonomie u. Jurisprudenz. Archiv f. pract. Rechtswissenschaft VI. 1.
Danz, der sakrale Schutz. Schletter, Jahrb. IIII. 2.
v. Daniels Spiegel Deutscher Leute. Gersdorf, Repertor. 15.
Das neue Bergrecht u. d. Actiengesetzgebung. Aachner Ztg. 185. Berg- u. Hüttenmänn. Ztg. 35.
Delbrück, die dingliche Klage. Heidelb. Jahrb. 12. 13. Münchner Krit. Ueberschau VI. 2.
Demelius, Legum quae ad ius civile spectant fragmenta. Ztschr. f. Gymnasialwesen. 9.
Demelius, Untersuchungen. Schletter, Jahrb. IIII. 2.
Deutsches Staatswörterbuch. Spener'sche Ztg. 225. Preuß. Jahrb. II. 3.
Dictionaire de législation. (Heidelb.) Krit. Ztschr. V. 4.
Die allg. dtsche. Wechselordnung. Bank- u. Handelsztg. 240. Magaz. f. Kaufleute 2.
Die Jurisprudenz des O. A. Gerichts der 4 freien Städte. Mag. f. hannov. R. 2.
Die Strafrechtspflege in Deutschland. Hanus, krit. Bl. 36.
Diez, Ueber Strafanstalten. Corespondenz Bl. der dtschn. Gesellschaft. f. Psychiatrie 16.
Eberty, Gefängnißwesen. Magaz. f. hannover. Recht 2. Gersdorf, Repertor. 15. Literar. Centralbl. 39.
Elvers, Notstände des Preuß. Eidesrechts. Volksbl. f. Stadt- u. Land 40. Kathol. Literaturztg. 35. Literar. Centralbl. 40.
Endtmann, Kritik des Entwurfs des dtschn. Handelsgesetzb. Bank- u. Handelsztg. 194. Illustrirte Ztg. 788. Hamb. Corresp. 250.
Entwurf eines Handelsgesetzb. f. d. Preuß. Staaten. (Münchn.) Krit. Ueberschau VI. 2.
Faltin, der Anzeigebeweis. Schletter, Jahrb. IIII. 2.
Ficker, Spiegel Deutscher Leute. (Münchner) Krit. Ueberschau VI. 2.
Gaupp, Von Fehmgerichten. Anzeiger f. d. Kunde dtschr. Vorzeit 7.
Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klaggrund. Gersdorf, Repertor. 13.
Gindely, Böhmisch. Majestätsbrief. Z. theol. Litbl. 40.

Goltdammer, Archiv. Der Gerichtssaal 3.
Grohmann, Schwurgericht. Schletter, Jahrb. IIII. 2.
Güterbock, Engl. Actiengesellschaftsgesetze. Bank= u. Handelsztg. 194.
Haelschner, Preuß. Strafrecht. Goltdammer Archiv 4.
Harbung, das Wechselrecht. Liter. Centralbl. 31.
Hausgesetz im Geschlecht der Grafen ꝛc. zu Giech. Berl. Revue XIIII. 7. Allg. Ztg. 236. Gersdorf, Repertor. 15. Literar. Centralbl. 41.
Held, System des Verfassungsrechts. Liter. Centralbl. 34.
v. Helmolt, Correalobl. (Münchner) Krit. Ueberschau VI. 2.
Hingst, Commentat. de bonor. possessione. Gersdorf, Repertor. 13.
Homeyer, Richtsteig Landrechts (Münchner) Krit. Ueberschau VI. 2.
Illustrirte dtsche. Adelsrolle. Menzels Literaturbl. 35. Berl. Revue. XIIII. 12.
Kersting, die Sonderrechte im Kurfürstenth. Hessen. Schletter, Jahrb. IIII. 2.
Kletke, Sammlung v. Präjudicien. Bank= u. Handelsztg. 191. (Thüringer) Bl. für Rechtspfl. 8.
Kluckhohn, Gesch. des Gottesfriedens. Theol. Quartalschr. 3.
Knapp, System der Rechtsphilosophie. Psyche I. 3.
Kraußold, Zur Lehre v. Eide. (Heidelb.) Krit. Ztschr. V. 4.
Krug, Ideen zu einer allg. Strafgesetzgebung. Hanus krit. Bl. 30.
Kuntze, die Obligation. Schletter, Jahrb. IIII. 2.
Ladenburg, die Anweisung u. der gezogene Wechsel. Archiv für pract. Rechtsw. VI. 1.
Magazin f. Badische Rechtspflege. Literar. Centralbl. 32.
Makower, die Stellung der Vertheidigung im Preuß. Strafverfahren. Schletter, Jahrb. IIII. 2.
Maaßen, Beiträge zur Gesch. der jurist. Literatur. (Münchner) Krit. Ueberschau VI. 2.
Mejer, Institutionen des Kirchenrechts. Kath. Literat. Ztg. 38.
Mittermaier, d. Gefängnißverbesserung. Magaz. f. hannov. Recht. 2. Gersdorf, Repertor. 15. (Thüringische) Bl. f. Rechtspflege 9. Literar. Centralbl. 41.
Müller, Ueber die de recepto actio. Schletter, Jahrb. IIII. 2.
Neues Archiv für Handelsrecht. Hamb. Correspondent 167. Archiv f. pract. Rechtswissenschaft VI. 1.
Nizze, Allg. Seerecht. Archiv für pract. Rechtsw. VI. 1.
v. Orelli, Studien üb. d. geistl. Eid. Literar. Centralbl. 37.
Ortloff, die Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Schletter, Jahrb. IIII. 2.
Peitler, Sammlung v. Entscheidungen. Kath. Liter. Ztg. 34.
Phillips, dtsche. Königswal. Kath. Liter. Ztg. 39.
Planck, Strafverfahren. Schletter, Jahrb. IIII. 2. Goltdammer, Archiv 4. Die Strafrechtpflege in Dtschl. 5.
Plange, Ueber res mancipi u. nec mancipi. Lit. Centralbl. 33.
Prantl, Geschichtl. Vorstufen der Rechtsphilosophie. Liter. Centralbl. 32.
Preußischer Terminkalender f. 1858. Spener'sche Ztg. 215.
Prinz, Einfluß der Hypothekenbuchverfassung auf d. Sachenrecht. Schlesische Ztg. 328.
Protokolle der Commission zur Beratung eines allg. dtschn. Handelsgesetzb. (Münchner) Krit. Ueberschau VI. 2.
Richter, Beiträge zur Geschichte des Ehescheidungsrechts. Liter. Centralbl. 31. Gersdorf, Repertor. 14. Kirchen= u. Schulblatt in Verbindung 18.
Roßhirt, Kirchenrecht. Beil. zur Philothea 10.
Roth u. v. Meibom, Kurhessisch. Privatrecht. Schletter, Jahrb. IIII. 2.
Rudorff, Röm. Rechtsgesch. (Heidelb.) Krit. Ztschr. V. 4.

Berichtigungen.

S. 17. Z. 3. lies: des Erwerbers statt Erwerbes.
Note 3. Z. 3. lies: des Erwerbers statt Erwerbens.
S. 24. Z. 19. lies: demnach statt dennoch.
S. 29. Z. 15. lies: wiewohl statt wenn.
S. 33. Z. 4. v. u. lies: richtig wäre statt nicht wäre.
S. 42. Note 58. Z. 5. lies: sine statt sive.
S. 55. Note 99. lies: 88 statt 87.
S. 57. Z. 5. lies: Besitzerwerbes statt Besitzes.

Zum 3. Hefte des 2. Bandes.

S. 461. Z. 5. lies: Gemeinde statt Kirche.

Druck von C. P. Melzer in Leipzig.

VI.

Einige Einwände gegen die Aufsätze in Bd. II. Nr. 1. und 12.

„Das Peculium im römischen und heutigen Recht," und „Ueber die processualische Consumption bei den actiones adiectitiae qualitatis."

Von Dr. F. L. von Keller.

I.

„Wie jeder paterfamilias (so wird S. 9. gesagt) ein patrimonium hat, so hat jedes Hauskind (und jeder Sclave, S. 8.) ein Peculium, „etiamsi nihil sit in peculio." Und betreffend die Entstehung des peculium im einzelnen Falle sei zu unterscheiden, ob der Erwerb von dem Inhaber der potestas oder von einem Dritten herrühre; im erstern Falle sei Concession nöthig, im andern nicht, sondern hier sei blos ademtio möglich. Der hergebrachte Satz: peculium seruus habere non potest nisi concedente domino, sei in dieser Allgemeinheit unrichtig, denn darauf entgegne Ulpian mit Julian, Marcellus, Pomponius: non esse opus concedi peculium a domino seruum habere, *sed non adimi ut habeat*, u. s. w.

Worte wie diese finden sich nun unter den für alles dieses angeführten Stellen allerdings in L. 7. § 1. h. t., welche Stelle mitten in einer zusammenhangenden Erörterung der fraglichen Materie steht und daher in diesem ihrem Zusammenhange aufzufassen sein wird. Die Erörterung fängt in L. 5. § 4. h. t. an, wo Ulpian sagt:

Peculium autem Tubero quidem sic definit (ut Celsus

lib. 6. Dig. refert) quod seruus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur.

Diese Worte, sollte man denken, besagen deutlich genug, daß die Erlaubniß oder Concession des dominus zur Entstehung, sogar zum Begriffe des peculium überhaupt gehöre, und wenn a. a. O., S. 12. angedeutet wird, das separatum a rationibus dominicis beziehe sich blos auf das, was der dominus seinem Vermögen enthebe und zu peculium gebe, nicht auf das, was der Sclave u. dgl. selbst erwerbe, so wird damit einerseits den Worten großer Zwang angethan, und anderseits beweisen sie dann doch nicht, daß für das peculium hinsichtlich solchen eignen Erwerbes keine Bewilligung nöthig sei, sondern höchstens, daß solcher eigene Erwerb gar nicht zum peculium gehöre; — was doch von dem Ziele jener Deduction selbst weit abläge, und in der That ziemlich widersinnig wäre.

Doch wie geht die römische Erörterung weiter? Erst findet sich jetzt, mit Unterbrechung des Excerpts aus Ulpiani lib. 29. ad Edictum, die L. 6. aus Celsus lib. 6. Digestorum eingeschoben, so lautend:

Definitio peculii, quam Tubero exposuit, ut Labeo ait, ad uicariorum peculia non pertinet: quod falsum est, nam eo ipso, quod dominus seruo peculium constituit, etiam uicario constituisse existimandus est.

Also eine Einwendung von Labeo, die Definition von Tubero passe nicht auf das peculium des uicarius, (weil dieser zunächst nicht sowohl der Erlaubniß des Herrn selbst, als vielmehr des Sclaven, der sein Meister ist, bedarf)[1]), welche Einwendung Celsus aus dem Grunde verwirft, weil auch der uicarius für sein peculium wenigstens mittelbar die Erlaubniß des Herrn darin erhalte, daß dieser seinem Meister (dessen unmittelbare Erlaubniß freilich für ihn,

1) L. 4. § 6. h. t. (Pomp.) Non solum id in peculio uicariorum ponendum est, cuius rei a domino, sed etiam id, cuius ab eo, cuius in peculio sint, seorsum rationem habeant.

den uicarius, genügt) das peculium (zu dessen Inhalt der uicarius gehört) erlaubt habe.

Folgt L. 7. pr. §. 1., wo Ulpian [2]), anschließend an d. L. 5. §. 4., erst referirt, Celsus billige obige Ansicht von Tubero, und füge hinzu, ein pupillus oder furiosus könne zwar keinem Sclaven ein peculium bestellen, aber ein vorher bestelltes (ante furorem, bez. a patre pupilli) falle um jener Zustände willen nicht weg [3]); sodann dieser ganzen Ansicht von Celsus, also auch von Tubero, beipflichtet; und endlich hinzufügt, damit stimme auch überein, was Marcellus zu einer Aeußerung von Julianus berichtigend anmerke, nämlich, es könne vorkommen, daß ein Sclave bei dem einen seiner Herren ein peculium habe, bei dem andern nicht, z. B. wenn der letztere furiosus oder pupillus sei (so weit Julian's Aeußerung, die Marcellus anführt, und nun folgt die berichtigende Anmerkung, gegen die absolute Geltung dieses Beispieles gerichtet), wenn nämlich, sagt Marcellus, der Sclave, wie Einige glauben, nur durch positive

2) Ulp. libro 29. ad Edictum. — quam Tuberonis sententiam et ipse Celsus probat, (§ 1.) et adiicit, pupillum uel furiosum constituere quidem peculium seruo non posse, uerum ante constitutum, id est ante furorem uel a patre pupilli, non adimetur ex his caussis. Quae sententia uera est, et congruit cum eo, quod Marcellus apud Iulianum notans adiicit: *posse fieri ut ex dominis seruus peculium habeat apud alterum, apud alterum non, utputa si alter ex dominis furiosus sit uel pupillus; si, ut quidam,* inquit, *putant, peculium seruus habere non potest nisi concedente domino; ego autem puto, non esse opus concedi peculium a domino seruum habere, sed non adimi, ut habeat; alia caussa est peculii liberae administrationis, nam haec specialiter concedenda est.*

3) Vgl. L. 3. §§ 3. 4. h. t. Ulpianus lib. 29. ad Edictum. . . . Idem (Pedius) adiicit, pupillum non posse seruo peculium constituere, nec tutoris auctoritate. § 4. In furiosi quoque curatorem dicimus dandam de peculio actionem, nam et huius seruus peculium habere potest, non si fuerit concessum ut habeat, sed si non fuerit prohibitum ne habeat. — Es wäre doch recht sonderbar, wenn bei solchem seruus ein peculium ipso iure (d. h. sobald er non e re domini etwas erwürbe) entstände, während der pupillus sammt seinem Tutor und so auch der curator furiosi nicht im Stande sind, irgend ein peculium durch ausdrückliche Willenserklärung gültig zu concediren.

Concession des gegenwärtigen dominus (nicht schon durch bloßes Nichtadimiren des früher von demselben oder einem andern dominus gültig concedirten peculium, wie oben gesagt) ein peculium haben kann; ich (Marcellus) aber bin der Meinung, solches Nichtadimiren genüge (zur Fortdauer des peculium), — nur nicht zur libera administratio, welche vielmehr von dem jezeitigen dominus einer positiven Concession bedarf.

Mehr kann diese Stelle nicht sagen, namentlich nicht, daß eine Concession des peculium (mag dasselbe e re domini oder e quaestu serui bestehen) gar nie, auch anfänglich nicht, nöthig sei, denn sonst würde Marcellus und diese zweite Hälfte der Stelle nicht, wie Ulpian doch ausdrücklich versichert, mit der von ihm gebilligten Definition und Ansicht des Tubero und Celsus übereinstimmen, sondern ihr geradezu widersprechen.

So sagt denn Ulpian, stets dem bisherigen Gedanken folgend, daß ohne Bewilligung des Inhabers der potestas kein peculium, was auch immer sein Inhalt sein möge, entstehen könne, in §. 3. ib.[4]) weiter, selbst ein pupillus, — seruus oder filius, sei fähig ein peculium zu haben, weil es dabei nicht auf die Handlungsfähigkeit des seruus oder filius, sondern lediglich auf den Willen des Herrn oder Vaters ankomme, wonach selbst eintretender furor bei jenen das peculium ohne Ademtion von Seite dieser nicht aufhebe: — nachdem vorher in §. 2. ib.[5]) noch erinnert worden, das Wissen und Wollen des Inhabers der potestas sei wohl für das peculium im Ganzen, aber nicht für jedes einzelne dazu gehörige Stück erforderlich, wie das auch Pomponius annehme.

Doch gerade Pomponius soll nach der Eingangs erwähnten Behauptung (a. a. O., S. 12.) hinsichtlich des Erwerbes von außer-

4) Pupillum autem, tam filium quam seruum, peculium habere posse, Pedius libro 15. scribit, cum hoc, inquit, totum ex domini constitutione pendeat; ergo et si furere coeperit seruus uel filius, retinebunt peculium.

5) Scire autem non utique singulas res debet, sed παχυμερέστερον (magis in folle); et in hanc sententiam Pomponius inclinat.

halb der Meinung sein, non esse opus concedi peculium a domino seruum habere, sed non adimi ut habeat. Zwar, heißt es, scheine L. 4. h. t. (Pomponius lib. 7. ad Sabinum) die gewöhnliche Lehre von der concessio schlechthin zu stützen (und allerdings geschieht dies auf die unzweifelhafteste Weise [6]), wie in den vorher besprochenen Stellen), aber in L. 49. eod. soll dann doch Pomponius zeigen, daß jenes gar nicht seine Meinung gewesen sei. Und was sagt denn hier Pomponius?

> Non solum id peculium est quod dominus seruo concessit, uerum id quoque, quod ignorante quidem eo acquisitum sit, tamen, si rescisset, passurus erat esse in peculio.

Also wieder ganz übereinstimmend mit allem Obigen: es gehöre zum peculium nicht blos was der Herr e substantia sua oder e quaestu serui ausdrücklich dazu concedirt hat, sondern auch was der Sclave ohne Wissen des Herrn erwarb, vorausgesetzt nur die muthmaßliche Zustimmung desselben zur Einverleibung in das peculium. Weit entfernt, auch nur im geringsten anzudeuten, daß ein peculium je ohne Erlaubniß des Herrn neu entstehen könne, sagt Pomponius noch ausdrücklich, daß auch in das bereits bestehende peculium kein neuer Erwerb ohne den ausdrücklichen oder stillschweigenden, wenigstens muthmaßlichen, Willen des Herrn fallen dürfe.

---

6) Peculii est non id, cuius seruus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separauerit summa serui rationem (al. suum a serui ratione) discernens; nam cum serui peculium totum adimere uel augere uel minuere dominus possit, animaduertendum est, non quid seruus, sed quid dominus constituendi seruilis peculii gratia fecerit. § 1. Sed hoc ita uerum puto, si debito seruum liberare uoluit dominus, ut etiamsi nuda uoluntate remiserit dominus quod debuerit, desinat seruus debitor esse; si uero nomina ita fecerit dominus, ut quasi debitorem se seruo faceret, cum re uera debitor non esset, contra puto; re enim non uerbis peculium augendum est. § 2. Ex his apparet, non quod seruus ignorante domino habuerit, peculii esse, sed quod uolente; alioquin et quod surripuit seruus domino, fiet peculii, quod non est uerum.

Und wie sich aus dem Gesagten die völlige Grundlosigkeit der Behauptung ergeben hat, als hätte Ulpian mit Julian, Marcellus, Pomponius das fragliche „Dogma" aufgestellt, non esse opus concedi peculium a domino seruum habere, sed non adimi ut habeat: so wird wohl auch die Angabe nicht Stich halten, Papinian begründe das „Dogma" als etwas unbestrittenes in L. 44. § 1. De A. v. A. P., wo es nämlich heißt:

> Quaesitum est, cur ex peculii caussa per seruum ignorantibus possessio quaereretur. Dixi, utilitatis caussa iure singulari receptum; ne cogerentur domini per momenta species et caussas peculiorum inquirere; nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo uideatur acquiri possessio; nam si non ex caussa peculiari quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore serui quaeri possessionem.

Denn da man selbst einräumt (a. a. O., S. 13.), „es scheine freilich nach dieser Stelle und nach L. 1. § 5. eod.[7]), als ob ein wirkliches peculium vorhanden sein müsse, wie es auch allgemein" (und gewiß mit vollem Rechte) „angesehen werde"; und nur meint, „das Dogma des Pomponius, das ja auch von Papinian (in d. L. 44. §. 1.) vorausgesetzt werde, lasse keinen Zweifel, daß das ignorante eo (in d. L. 49. pr. h. t.) allgemein zu verstehen, und das Dasein eines peculium kein Erforderniß sei": so wird nunmehr, nachdem sich ergeben, daß das angebliche Dogma von Pomponius nirgends existirt, auch Papinian dasselbe nicht mehr voraussetzen, und es wird also auch nichts mehr hindern, beide Stellen (d. L. 44. §. 1. sowohl als d. L. 1. § 5.) ihrem natürlichen Wortsinne nach zu verstehen, und daher ihnen, wie allen andern noch weiter ange=

---

7) Paullus lib. 54. ad Edictum. Item acquirimus possessionem per seruum aut filium, qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Iuliano placuit, quia nostra uoluntate intelligantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus. Igitur ex caussa peculiari et infans et furiosus acquirunt possessionem et usucapiunt, et heres, si hereditarius seruus emat.

führten Stellen, z. B. L. 24. de A. v. A. P., L. 40. § 1. h. t. u. s. w., anstatt der Voraussetzung jenes „Dogma" vielmehr diejenige des wohlhergebrachten und von keinem römischen Juristen je bezweifelten Satzes zuzuschreiben, daß ohne Erlaubniß des Inhabers der Potestas kein peculium entstehen kann.

Hiefür mag zu schließlicher Beruhigung auch noch eine andere Stelle angeführt werden, die in der widerlegten Erörterung gar nicht vorkommt, nämlich L. 39. h. t.

> Florentinus lib. 11. Institutionum. — Peculium et ex eo consistit, quod parsimonia sua quis parauit uel officio meruerit a quolibet sibi donari, idque uelut proprium patrimonium seruum suum habere quis uoluerit, —

gewiß um so beachtenswerther, als hier gerade ausdücklich für dasjenige peculium, welches von dem Sclaven selbst erworben wird und nicht aus dem Vermögen des Inhabers der potestas kommt, so recht ausdrücklich die Erlaubniß des letztern erfordert wird.

Nach allem gesagten werden denn auch die Folgesätze jenes s. g. Dogma (S. 14. ff.) einer besondern Widerlegung nicht mehr bedürfen, wie z. B. daß überall, wo irgend ein negotium vom Hauskinde oder mit ihm vollzogen wird, das dem Vater weder als exercitor nauis oder als dominus tabernae gilt noch durch seinen Befehl veranlaßt wird, überall da also, wo wissentlich oder unwissentlich die Person des Hausvaters nicht angesehen wird, man von peculiare negotium, von rem peculiarem agere sprechen müsse; daß peculiari nomine acquirere z. B. heiße Besitz erwerben ignorante domino, daß ein creditor peculiaris sei wer nicht patris nomine mit dem Hauskinde contrahirt hat, und ebenso ein debitor peculiaris, und daß das Dasein eines peculium dabei iure ganz gleichgültig sei, vielmehr eine Peculiar-Schuld und Peculiar-Forderung ohne peculium bestehen könne, daß aber doch das peculium et ignorante patre, inuito domino entstehe (S. 20.); und daß endlich, wie die actio de in rem uerso ein in patrimonium pa-

tris uersum, so die actio de peculio ein in peculium uersum voraussetze (S. 23.); u. w. dgl. m. i.

II.

Wenn es nun aber gleich, wie schon gesagt, unersprießlich wäre, auf die Corollar-Irrthümer, welche der Rest des gedachten ersten Aufsatzes enthält, einzeln einzugehen, so mag es doch bei der Zuversicht, mit welcher der Vfr. auftritt, nicht ohne Nutzen sein, die Art, wie er die Quellen behandelt, an einigen Beispielen näher zu beleuchten, und danach Jedem sein eigenes Urtheil über solche Methode und was davon zu erwarten, anheim zu stellen.

In L. 38. pr. De peculio soll Africanus die Ansicht vortragen[8]), daß wegen eines depositum (als einer auf restituere gerichteten Obligation) die actio de peculio gar nicht stattfinde, denn cum res mea maneat, nec peculii esse, — habe man sagen müssen (S. 25.). Allein Africanus sagt doch ganz ausdrücklich, daß die actio depositi de peculio nur dann erfolglos bleibe, wenn neben dem deponirten Gelde nichts im peculium sei, wogegen die Statthaftigkeit jener actio unzweideutig vorausgesetzt wird, sobald anderweitiger und wirklicher Inhalt des peculium vorhanden ist. Ganz übereinstimmend mit L. 3. §. 4. Commod. L. 1. §. 42. Depos. L. 5. pr. § 1. De pecul.; — in welchen Stellen allen[9]) übrigens

8) d. L. 38. pr.: Deposui apud filiumfamilias decem, et ago depositi de peculio; quamuis nihil patri filius debeat et haec decem teneat, nihilo magis tamen patrem damnandnm existimauit, si nullum praeterea peculium sit, hanc enim pecuniam, cum mea maneat, non esse peculii. Denique quolibet alio agente de peculio, minime dubitandum ait, computari non oportere; itaque ad exhibendum agere me et exhibitam uindicare debere.

9) d. L. 3. § 4. (Ulp.) Si filiofamilias seruoue commodatum sit, duntaxat de peculio agendum erit; cum filio autem familias ipso et directo quis poterit, rel. § 5. Sed non tantum ex caussa doli earum personarum pater uel dominus condemnetur, sed et ipsius quoque domini uel patris fraus duntaxat uenit, ut Iulianus lib. 11. circa pigneratitiam actionem distinguit. — d. L. 1. § 42. (Ulp.) Filiumfamilias teneri depositi constat,

bei dem duntaxat de peculio der Gegensatz solidarischer Haft des Vaters, und nicht, wie der Vfr. meint, der actio de in rem uerso, vorschwebt, wie auch L. 36. De pecul. noch bestätigt[10]). Ebenso unrichtig wird aus L. 21. Depos. (diese wird doch in Note 36a gemeint sein statt des Druckfehlers L. 22.) geschlossen, daß die actio depositi als annalis de peculio überall versagt werde[11]). Zwar wird die actio depositi, wenn der emancipatus oder manumissus rem tenet, als restitutoria gegen diese selbst gewährt und deßwegen gegen den Inhaber der potestas de peculio versagt, aber keine Andeutung davon (vielmehr das Gegentheil), daß dies auch so sein

---

quia et caeteris actionibus tenetur; sed et cum patre eius agi potest duntaxat de peculio. Idem et in seruo, nam cum domino agetur. Plane et Iulianus scribit et nobis uidetur: si eorum nomine, qui sunt in potestate agatur, ueniat in iudicium et si quid per eum, in cuius iure sunt, captus fraudatusue est: ut et dolus eorum ueniat, non tantum ipsorum, cum quibus contractum est. — d. L. 5. pr. (Ulp.) Depositi nomine pater uel dominus duntaxat de peculio conueniuntur, et si quid dolo malo eorum captus sum. § 1. Sed et si precario res filiofamilias uel seruo data sit, duntaxat de peculio pater dominusue obligantur.

10) d. L. 36. (Ulp.) In bonae fidei contractibus quaestionis est, an de peculio, an in solidum pater uel dominus tenerentur; ut est in actione de dote agitatum, si filio dos data sit, an pater duntaxat de peculio conueniretur. Ego autem arbitror, non solum de peculio, sed et si quid praeterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem; nam si habeat res nec restituere sit paratus, aequum est, eum quanti ea res est condemnari. Nam quod in seruo, cui res pignori data est, expressum est, hoc et in caeteris bonae fidei iudiciis accipiendum esse Pomponius scripsit; namque si seruo res pignori data sit, non solum de peculio et in rem uerso competit actio, uerum hanc quoque habet adiectionem: et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est. Videtur autem dolo facere dominus, qui, cum haberet restituendi facultatem, non uult restituere.

11) d. L. 21. (Paul.) Si apud filiumfamilias res deposita sit, et emancipatus rem teneat; pater nec intra annum de peculio debet conueniri, sed ipse filius. § 1. Plus Trebatius existimat, etiam si apud seruum depositum sit, et manumissus rem teneat, in ipsum dandum actionem, non in dominum; licet ex caeteris caussis in manumissum actio non datur.

sollte, wenn die condictitia actio depositi (Gai. IV, 47. vgl. L. 13. § 1. Depos.) begründet wäre.

Die L. 36. De pecul. [12]), verglichen mit L. 18. § 4. De castr. pec., soll beweisen, daß der bekannte Zusatz in der actio de peculio „si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est“ eine Haftung „nach dem Gesichtspunkt des in rem uersum möglich machte“; während doch in dieser wie in andern diese Clausel betreffenden Stellen, namentlich L. 5. pr. eod. L. 1. § 42. Depos. L. 3. § 5. Commod. u. a., auf's deutlichste gesagt ist, daß der dominus in solchen Fällen wegen seines eignen dolus ex sua persona und in solidum hafte; und während d. L. 18. § 4. nichts anderes enthält [13]), als, was der filius in seinem peculium castrense fremdes besitze, das scheine nicht vom Vater besessen zu werden, und dieser könne deßhalb nicht, wie sonst (L. 38. pr. De pecul. L. 4. De A. v. A. P.), e sua persona mit actio in rem oder ad exhibendum belangt werden; also nichts weniger als „verräth, daß bisher der Vater als defensor gegolten und in solidum gehaftet habe“ (S. 27.).

Unter den Fällen, wo „nur duntaxat de peculio“ (d. h. nicht auch de in rem uerso) „geklagt werden konnte und zwar iure praetoris geklagt werden mußte“, wird als zweiter die actio de peculio annalis aufgezählt und dabei nur L. 1. pr. § 10. Quan. de pec. act. a. angeführt. Wo steht nun, daß in der actio de peculio annalis die Clausel de in rem uerso keinen Platz finde? Aus d. § 10. geht ja das gerade Gegentheil hervor [14]). Dort ist nämlich mit der actio annalis geklagt, und

12) Die Worte s. in Note 10.

13) d. L. 18. § 4. (Maecian.) Si quando ex eo peculio filius rem alienam bona fide tenebit, an pater eius in rem uel ad exhibendum actionem pati debeat, ut caeterorum nomine, quaeritur: sed uerius est, cum hoc peculium a patris bonis separetur, defensionis necessitatem patri non imponendam. — Die Worte von d. L. 5. pr. L. 1. § 42. und L. 3. § 5. s. oben Note 9.

14) d. L. 1. § 10. Quan. de pec. act. (Ulp.) Quaesitum est apud La-

zwar sowohl de peculio als de in rem uerso. Da aber ein Irrthum stattgefunden hatte, indem man den lebenden filius für todt und sogar den annus für abgelaufen hielt, weßwegen die actio de peculio abgewiesen war; und da nun die in integrum restitutio der Klage in Frage kam: so wird diese von Ulpian für die Clausel de peculio, nicht aber für die de in rem uerso gewährt, weil hinsichtlich letzterer die Klage perpetua und von Leben und Tod des Sohnes unabhängig (L. 1. §. 1. De in rem uer.), so weit also schon das erste Mal recte actum war.

Bei der Berechnung des peculium behufs der Condemnation werden (so heißt es S. 28.) die Peculiar-Forderungen nach ihrem vollen Nominalbetrag angeschlagen („wobei das Risico den Gewalthaber angeht, als ob er del credere stände"): das gerade Gegentheil sagt L. 51. De pecul. (Scaeuola) Quod debetur seruo ab extraneis, agenti de peculio non omnimodo dominus ad quantitatem debiti condemnandus est, cum et sumptus in petendo et euentus executionis possit esse incertus, et cogitanda sit mora temporis, quod datur iudicatis, aut uenditionis bonorum, si id magis faciendum erit; ergo si paratus sit actiones mandare, absoluetur, rel.

Beiläufig: Worauf beruht wohl eigentlich die demnächst folgende Behauptung: „auf den Activ-Saldo (des peculium) wird die Execution aus der actio de peculio vollstreckt"? Man sollte vielmehr denken, der Activ-Saldo bildet das Maximum der Condemnation des Gewalthabers, aber auf Grund dieser Condemnation geht die Execution auf Person und Vermögen desselben ganz wie aus jeder eignen Schuld.

Gänzlich mißverstanden ist L. 47. § 2. De peculio, indem dieselbe (S. 34.) als Zeugniß dafür angeführt wird, daß in dem

---

beonem, si, cum filius uiueret, tu, credens eum mortuum, annali actione egeris, et, quia annus praeterierat, exceptione sis repulsus: an rursus experiri tibi comperto errore permittendum est? Et ait, permitti debere duntaxat de peculio, non etiam de in rem uerso: nam priore iudicio de in rem uerso recte actum est, quia annua exceptio ad peculium, non ad in rem uersum, pertinet.

Falle, da der Sclave bei dem einen socius etwas (einen Activ-Ueberschuß) in peculio habe, bei dem andern nichts, da also nur jener de peculio, und zwar quod apud se est, belangt werden könne, Cautionen nöthig werden „de futuro incremento peculii, daß künftig aus dieser Forderung nur jener hafte, auf dessen Conto jetzt kein Activ-Saldo sich ergeben hat. Dieß deßhalb, weil jeder der socii uniuersum debet, d. h. in solidum haftet, also mit der Klage gegen einen die gegen den andern consumirt ist".

Von dem innern Widerspruche, der in allem dem liegt, gar nicht zu reden, so lautet die Stelle wörtlich wie folgt:

> (Paul.) Si semel actum sit de peculio, quamuis minus inueniatur rei iudicandae tempore in peculio quam debet, tamen cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii; hoc enim in pro socio actione locum habet, quia socius uniuersum debet.

Darin liegen folgende Gedanken:

a) Wenn der dominus (von einem seruus communis ist nirgends die Rede) de peculio belangt wird, und das peculium für die fragliche Schuld des Sclaven nicht ausreicht, so wird einerseits die Klage zum vollen Betrage dieser Schuld consumirt, aber anderseits wird der Kläger nicht zu einer vollen Condemnation des dominus gelangen. Und doch wäre es billig, daß ihm wenigstens die Hoffnung erhalten bliebe, aus späterm Zuwachs des peculium auch für den Rest befriedigt zu werden, und daß ihm hierauf seiner Zeit eine nachträgliche Klage gewährt würde. Wie ist das zu erreichen?

b) Es gibt einen andern Fall, wo sich ein ähnliches Bedürfniß zeigt, und wo dessen Befriedigung bereits einen gewiesenen Weg gefunden hat. Nämlich wenn ein socius von dem andern aus irgend welchem Grunde mit der actio pro socio belangt wird, so kann er bekanntlich die Beschränkung der condemnatio auf quantum facere possit auswirken, L. 16. L. 22. § 1. De re iud. L. 63. pr. Pro socio. Dadurch

kommt der Kläger wieder in die Lage, einerseits seine ganze Forderung zu consumiren und anderseits doch nur eine Condemnation zu erlangen, welche den vollen, richtig gestellten Betrag derselben nicht erreicht. Damit er aber in Folge dessen nicht einen ungerechten Schaden leide, hat man die sehr natürliche Auskunft getroffen, den Beklagten, ehe die herabgesetzte Condemnation erfolgt, zu einer Repromission eventueller Nachzahlung anzuhalten, welche dann eintretenden Falles, wenn gleich nicht mehr mit der alten actio pro socio, doch mit der neubegründeten ex stipulatione wird eingeklagt werden können, L. 63. § 4. Pro socio [15]).

c) Soll man nicht nach dieser Analogie des socius, qui duntaxat quantum facere potest condemnatur, auch den dominus, qui duntaxat de peculio u. dgl. condemnatur, behandeln, d. h. auch ihn vor der beschränkten Condemnation zu einer repromissio anhalten, daß er aus späterm Zuwachs des peculium den Rest nachzahlen werde? Nein, sagt Paulus, solche Analogie findet nicht statt, denn zwischen jenem socius und diesem dominus waltet der große Unterschied, daß jener das Ganze schuldet, und von seiner wohlbegründeten civilen Schuld nur durch die Milde des beneficium competentiae wegen beschränkter Mittel bei der jetzigen Condemnation einstweilen zum Theil entbunden werden soll; wogegen die prätorische Verbindlichkeit des dominus für die Schuld seines Sclaven von Grund aus nur bis auf den Betrag des zur Zeit der Condemnation vorhandenen peculium reicht, der dominus also, indem er duntaxat de peculio condemnirt wird, auf alles condemnirt wird, was er schuldet. Deswegen ist es billig, daß jener socius, nicht aber, daß dieser dominus — zur Repromission des Restes angehalten werde. Eine Vergleichung

---

15) (Ulp.) Item uidendum, an cautio ueniat in hoc iudicium eius, quod facere socius non possit, scilicet nuda promissio: quod magis dicendum arbitror.

übrigens, die in ähnlichem Sinne in L. 5. § 2. De lib. leg. (u. Note 19.) noch ein Mal vorkommt.

d) Wie soll nun aber diesem Peculiargläubiger geholfen werden? Darüber spricht sich Paullus nicht aus; hingegen dachte er wohl: derselbe mag sich seiner Zeit, aucto peculio, der in integrum restitutio [16]) behelfen.

Wo bleibt nun alles das, was der Verfasser, wie erst angegeben, in dieser L. 47. § 2. gefunden zu haben meint?

Endlich wird (S. 35.) noch Bekker (Cons. S. 312.) dafür getadelt, daß er „die unrichtige Bemerkung Keller's Lit. C. S. 546. adoptirt: „daß mehrere Miteigenthümer eines Sclaven auch ohne Societas doch socii hießen", d. h. doch wohl nicht seien. Das widerlegen alle Stellen".

Nach Beseitigung der ungeachtet der Anführungszeichen bewirkten Entstellung meiner Worte lauten dieselben a. a. O. so: „Bei sociis — und zwar gilt hier die weitere Bedeutung dieses Begriffes, in welcher er nicht einen wirklich abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag, sondern eine bloße, irgendwie entstandene, communio voraus setzt, — bleibt die Regel u. s. w. [17])

Also das ist unrichtig, und „das widerlegen alle Stellen", daß ein Miteigenthümer, ohne Gesellschafter des andern Miteigenthümers zu sein, dessen socius genannt werde?

---

16) Vgl. L. 30. § 4. De pecul. (Ulp.) Is, qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest. Daß in dieser und ähnlichen Stellen, wie L. 9. § 1. eod. L. 32. § 3. De usuris u. a. die in integrum restitutio nicht ausdrücklich erwähnt wird, darf keinen Zweifel erregen, da es anderwärts zur Genüge geschieht, z. B. L. 47. § 3. L. 32. pr. § 1. L. 30. § 5. De pecul., und da in solchen Fällen die in integrum restitutio bereits of course zugelassen wurde, vgl. m. Röm. Pr. § 79. S. 328. Note 933. f. Uebrigens findet sich der richtige Sinn der L. 47. § 2. schon in m. Lit. Cont. § 67. S. 572. angedeutet, was aber in dem vorliegenden Aufsatze gänzlich ignorirt wird.

17) Bekker a. a. O. hatte meine Aeußerung sinngetreu so wiedergegeben: „Wo mehre Miteigenthümer desselben Sclaven sind, die dann, auch wo keine societas verabredet ist, wegen der communio betreffs des Sclaven socii heißen", ist zu unterscheiden u. s. w.

Das wollen wir doch sehen.

In L. 26. De S. P. V. sagt Paullus: In re communi nemo dominorum iure seruitutis neque facere quicquam inuito altero potest neque prohibere, quominus alter faciat: nulli enim res sua seruit; . . . sed per communi diuidundo actionem consequitur socius, quominus opus fiat, aut ut id opus, quod fecit, tollat; si modo toti societati prodest opus tolli. Und derselbe in L. 29. pr. Co. diu.: . . . si sciam rem communem esse, ignorem autem cuius socii rel; und in § 1. ib. aus Pomponius: posci iudicem posse a quolibet sociorum; sed etiam si unus ex sociis mutus erit, recte cum eo communi diuidundo agi. Und gleich darauf in L. 30. eod. Scaeuola: Communi diuidundo iudicio recte agi, siue neuter possideat, siue alter sociorum fundum non possideat. Gilt das alles nur von Miteigenthümern, die zugleich Gesellschafter sind?

Ulpian I, 18. sagt: Communem seruum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque accrescit socio, rel. und wieder XXII, 10.: Communis seruus cum libertate recte quidem heres instituitur quasi proprius pro parte nostra; sine libertate autem quasi alienus, propter socii partem. Ebenso Paullus III, 6, 4.: . . . totumque legatum socio testatoris acquiritur. Müssen auch diese socii Gesellschafter sein?

Gaius in L. 4. Si ex nox. ca.: Si cum uno ex dominis noxali agetur, an pro parte socii satisdare deberet? Sabinus ait, non debere . . . cui in solidum defendendi necessitas esset. Dazu L. 8. De noxa. (Ulp.) . . . si propter hoc, quod socii dedere parati non fuerint, in solidum fuerit condemnatus, communi diuidundo uel familiae herciscundae iudicio aduersus eos experietur. Und sogleich weiter: Ante noxale sane iudicium acceptum poterit sua parte cedendo securitatem consequi, ne necesse habeat suscipere iudicium; quamquam quis possit dicere euenire, ut, dum pars ei cedatur, amittat actionem; dominus enim pro parte factus non potest cum socio noxali experiri. Fortassis nec com-

muni diuidundo agere possit rel. Ob wohl dieser Noxalkläger seit der pars sibi cessa auch schon schnell einen Gesellschafts-Contract mit dem andern Miteigenthümer (welcher socius genannt wird) abgeschlossen hat? Und der Ehemann in L. 78. § 4. De I. D., wo Tryphoninus sagt: Si fundus communis in dotem datus erit, et socius egerit cum marito communi diuidundo, adiudicatusque fundus socio fuerit: in dote erit quantitas, qua socius marito damnatus fuerit, rel.?

Weiter Papinian in L. 28. Co. diu. . . etsi in communi prohiberi socius a socio, ne quid faciat, potest, . . . et ideo per communi diuidundo actionem damnum sarciri poterit, rel.

Und endlich noch wieder Ulpian (unter Anführung von Labeo und Urseius), Gaius, Paullus, Pomponius in L. 4. § 3. L. 6. §§ 2. 8. 12. L. 11. L. 14. §§ 1. 4. L. 15. L. 20. L. 23. L. 27. L. 29. Co. diu. und wie viele andere Stellen noch, nach welchen es gar keinem Zweifel unterliegt, daß nach einem ganz festen und allgemeinen Sprachgebrauche socius in weiterm Sinne einen Miteigenthümer, indifferent ob Gesellschafter oder nicht, bedeutet, wie denn auch die Lexica iuris (Brisson, Dirksen) diese Bedeutung vermerken und belegen. Noch eines: der Begriff Miteigenthümer (indifferent ob mit oder ohne Gesellschaftsvertrag) ist ein so häufig zur Sprache kommender, daß eine gebildete Kunstsprache doch sehr wahrscheinlich einen Namen dafür haben wird: nun was heißt denn eigentlich Miteigenthümer (mit Einem Worte und ohne Umschreibung) auf lateinisch, wenn es nicht socius heißt? Etwa condominus? Vide Lexica, und zwar nicht iuris, sondern latinitatis!

So wird sich nun wohl auch das logische Wunder begreifen lassen, daß Miteigenthümer in diesem weitern Sinne socii nicht allein heißen, sondern sogar sein können, ohne zugleich auch Gesellschafter, d. h. socii im engern Sinne, zu sein. Und „das widerlegen alle Stellen“, wird wohl künftig wenigstens von diesem Sprachgebrauche überhaupt nicht mehr gesagt werden, wenn

ein Mal wieder zur Erörterung kommen sollte, ob wohl in L. 27. § ult. De peculio, L. 8. § 4. L. 9. Co. diu. u. dgl. das Wort socius in dem weitern oder engern Sinne gemeint sei, was für den Augenblick ganz dahingestellt bleiben mag.

Bei solcher Behandlung der Quellen, die sich noch durch manche andere Beispiele weiter belegen ließe, wird übrigens, im Vorbeigehen gesagt, selbst das begreiflich, daß der Verfasser in einer frühern Schrift, welche in diesen Aufsätzen öfter citirt wird, heutzutage noch den filiusfamilias Macedo verkennen konnte, und in den alten Irrthum zurück fiel, zu dessen Vermeidung nichts weiter erforderlich war als den Text des betreffenden Senatsbeschlusses sorgfältig und mit etwas Grammatik zu lesen.

III.

Ueber die Formula der actio de peculio wird S. 21. gesagt: „Die actio de peculio kann nur die Intentio darauf gründen cum eo qui in tua potestate est negotium gestum esse"; und S. 35.: „Für die rechte Intentio entscheidet nur das Dasein eines negotium"; endlich S. 40.: „Der ungefähre Umriß der Formel würde sein: Iudex esto. Quod A. A. de Sticho seruo, qui in potestate Titii est, stipulatus est siue id in patrimonium Titii siue in peculium ipsius redactum erit, cuius rei dies fuit: quicquid ob eam rem Titium A°. A°. dare facere oportet: id Titium condemna. Die Modalitäten dieses Schemas, die etwaigen praescriptiones vor der Formel, „duntaxat de peculio (was bedeuten soll: nicht auch de in rem uerso, S. 23.), die adiectiones am Schlusse, de dolo (S. 26. f.) ergeben sich aus der bisherigen Darstellung".

Also wirklich, der Prätor soll den Judex im Falle einer Promission des Sclaven oder filius an einen Dritten beauftragen zu condemniren quicquid ob eam rem dominum oder patrem actori dare facere oportet?

Ja, denn, so heißt es weiter, Keller und Bekker übersehen eine scheinbar unbedeutende Stelle bei Gaius IV, 134. 135., die

wohl Aufschluß giebt. Intentione formulae determinatur is cui dare oportet; et sane domino dare oportet quod seruus stipulatur. Also aus einer Forderung, so wird gefolgert, die durch den Sclaven erworben ist, geht die Intentio auf den Herrn. Warum soll das nicht umgekehrt gelten? Aus einer Schuld, die durch den Sclaven begründet ist, geht die Intentio auch auf den Herrn, auf den Vater, auf den Usufructuar: nur diese compariren in der Intentio, hier wie dort. At in praescriptione de pacto (facto) quaeritur, fährt Gaius fort, quod secundum naturalem significationem uerum esse debet. Was heißt das anders, als: die Formel hat eine praescriptio? In dieser Präscriptio ist des pactum, überhaupt des negotium, gedacht, das der Sclave, der Haussohn contrahirt hat, und wodurch der Herr berechtigt oder verpflichtet wird, gleichviel ob in solidum oder nicht. Wir dürfen weiter vermuthen, daß diese Präscriptio in der Formel stand loco demonstrationis"[18]).

Uebersehen scheinen vielmehr bei dieser ganzen Deduction zwei Sätze zu sein, welche bisher meines Wissens noch niemand bezweifelt hat, nämlich:

1°. Iure ciuili fallen dem Inhaber der potestas aus den Rechtsgeschäften der Kinder und Sclaven zwar die Forderungen, nicht aber irgend welche Schuldpflicht zu, — und

2°. Das dare oder dare facere oportere in Klagformeln bedeutet immer eine civile Schuldpflicht. — Wenn dem anders wäre, wofür denn das ganze System der prätorischen Klagformeln als in factum conceptae, fictitiae und mit Umstellung?

18) Ich verweise des Uebersehens halber auf meinen röm. Civilproceß § 42. litt. a. und auf jedes dort weiterhin vorkommende Formelbeispiel, worin bei einer actio certa eine thatsächliche Angabe demonstrationis loco erforderlich war. Ich werde zufrieden sein, wenn mir niemand vorwerfen wird, von Gai. IV, 134. zu viel Gebrauch gemacht zu haben.

„Damit fällt" denn wohl die obige Formel=Construction, und damit ganz allein, — alles andern nicht zu gedenken, was ihr noch sonst entgegen steht. Jeder iudex müßte bei jener Formel stets absolviren, weil es stets gewiß ist, e negotio serui uel filii patrem nihil dare facere oportere. Freilich wird a. a. O., S. 427. der Einwand, es könne von einem directen (besser: von irgend einem) dare facere oportere des Vaters nicht die Rede zu sein, durch die Bemerkung beseitigt: „das wird auch niemand behaupten, meine Formel erklärt eben, warum der Vater geben muß (indirect), daher bedingte Haftung: „attamen loco esse condicionalis debitoris", schreiben Julian und Marcellus in L. 5. § 2. De lib. leg." Allein das alles, und namentlich die in Bezug genommene Einschaltung in der demonstratio, ändert doch nichts daran, daß dem iudex durch obige Formel befohlen wird zu condemniren quicquid patrem A°. dare facere oportet, und daß der iudex aus obgedachten Gründen befinden muß, patrem nihil dare facere oportere, und daher nur und immer nur absolviren kann. Und kann man denn von einem condicionalis debitor sagen, eum dare facere oportere? Was d. L. 5. § 2. [19]) hier soll, ist nicht abzusehen, und der ganzen, an sich kaum verständlichen, Bemerkung scheint ein viel weiter langender Irrthum zum Grunde zu liegen, von welchem demnächst besonders die Rede sein wird.

---

19) Ulp. Idem Iulianus . . scripsit, si filiusfamilias debitor fuerit, et patri eius fuerit liberatio relicta, patrem pacto liberandum esse, ne etiam filius liberetur; et parui, inquit, refert, si sit aliquid in peculio die legati cedente necne; securitatem enim pater per hoc legatum consequitur, maxime, inquit, cum rei iudicandae tempus circa peculium spectetur. Huic patri similem facit Iulianus maritum, cui uxor post diuortium liberationem dotis legauit; nam et hunc, licet die legati cedente soluendo non sit, legatarium esse, et utrumque, ait, solutum repetere non posse. Sed est uerius quod Marcellus notat, patrem repetere posse; nondum enim erat debitor cum solueret; maritum non posse, quod debitum soluit; patrem enim etsi quis debitorem existimauerit, attamen loco esse condicionalis debitoris, quem solutum repetere posse non ambigitur.

IV.

In dem zweiten der angeführten Aufsätze werden gegen die Anlage der Formula de peculio et de in rem uerso, welche ich von jeher für die richtige gehalten habe und noch halte[20]), verschiedene Einwendungen erhoben, unter welchen jetzt einige näher geprüft werden mögen.

Nach dieser Formula, so wird S. 417. gesagt, sei also der Vater der procurator seines Sohnes, der Chef procurator seines institor; der Sohn aber, der institor erscheine als dominus, als Chef: darum stehe der Sohn in der intentio, der Vater in der condemnatio. „Kehrt nicht diese Formel das Verhältniß geradezu um? oder vielmehr verwirrt sie nicht das ganze Verhältniß? Das Bild ist gleich schief in den Peculiarverhältnissen wie in den Fällen der actio quod iussu u. s. w.

In diesen Worten findet sich vorerst meine Ansicht schlußweise („also") entstellt: denn wer sagt, die Formel sei so angelegt, wie wenn der Vater als procurator, defensor des Sohnes belangt würde, der sagt noch nicht ein Mal, der Vater stehe in jeder processualischen Beziehung einem procurator gleich[21]), viel weniger, er stehe ihm in materieller Beziehung gleich, und am allerwenigsten, er sei procurator des Sohnes.

---

20) Die obige Actio incerta ex stipulatu würde demnach so lauten: Quod As. As. de Lucio, Numerii Negidii filiofamilias, incertum stipulatus est, q. d. r. a., quicquid ob eam rem Lucium Negidium A⁰. A⁰. dare facere oportet, eius Nm. Nm. patrem A⁰. A⁰. duntaxat de peculio quodue dolo malo Ni. Ni. factum est quo minus in peculio esset, uel si quid in rem Ni. Ni. inde uersum est, condemna, s. n. p. a. Die Clausel praeterea et si quid dolo malo Ni. Ni. captus fraudatusque As. As. est, quanti ea res erit zwischen uersum est und condemna ist nicht deßwegen weggeblieben, weil ich irgend einen Zweifel dagegen hätte, daß sie unter Umständen bei gewissen Actiones de peculio Platz greift.

21) So ist hinsichtlich der Appellationsfrist schon ein Unterschied zwischen dem procurator rei alienae und in rem suam, L. 20. § 1. De app. L. 1. § 12. Quan. ap. Vgl. m. Röm. Proc. § 53. Note 621.

Und nun? Ist es denn wohl etwas neues, daß die intentio gegen den Einen, die condemnatio gegen den Andern gerichtet wird, ohne daß dieser der procurator von jenem ist? Diese Umstellung findet bekanntlich statt, wenn der bonorum emptor für die Schulden des Cridars (mit der formula Rutiliana), der Pupill für die vom Tutor contrahirten Schulden (mit actio utilis), der emptor hereditatis anstatt des uenditor, der Universal-Fideicommissar anstatt des Erben, der dominus mit der actio iudicati anstatt des cognitor oder mit actio empti utilis aus Verkauf und Caution seines procurator und an dessen Statt, der liberirte Schuldner mit der actio institutoria anstatt der intercedirenden Frau belangt wird, u. s. w. [22]) Und ist denn um deßwillen der bonorum emptor der procurator des Cridars? oder der Pupill procurator seines Vormundes? oder der Erbschaftskäufer und Universal-Fideicommissar procurator des Erben? oder der dominus wohl procurator seines cognitor? u. s. w. Und wo bleibt nun das „schiefe Licht" und das „verwirrte Verhältniß"? Was ist schief oder verwirrt in dem römischen Gedanken, daß ausnahmsweise jemand aus der Schuld eines Andern condemnirt werden kann, daß der Prätor dann dieß anordnet und zu dem Behufe die condemnatio formulae von diesem auf jenen umstellt, gleichwie dieses bei der bloß processualischen Stellvertretung geschieht?

V.

„Nun aber", so fährt die Widerlegung unmittelbar fort, „die Folge jener Anschauung. Im procurator ist vor der Litiscontestation keine Obligation vorhanden; daher die intentio dominum dare oportet und condemnatio autem in eius personam conuertitur qui iudicium accepit. Keller und die ihm folgen müssen behaupten, daß der Vater, der exercitor vor der Litiscontestation nicht obligirt sind, daß sie es erst durch dieselbe werden, wie der procurator. Aber dem widerspricht Alles und die Quellen direct, was

---

22) Vgl. m. Röm. Proceß § 32. Note 351. § 53. Note 621.

keiner Erörterung bedarf. Es genüge nur L. 44. De peculio: Si quis cum filiofamilias contraxerit, duos habet debitores, und die Erinnerung an die honoraria obligatio" (noch in Note: „und die allgemein übersehene Stelle in L. 12. D. 42, 8."; davon unten Note 32.)

Ich könnte gegen diese Zumuthung einfach auf die vorhin gedachte Entstellung, von der sie eine Folge ist, oder darauf verweisen, daß in allen meinen Darstellungen, den alten und und den neuen, eine Obligation des Vaters de peculio u. dgl. vor wie nach der Litiscontestatio, nur keine civile, kein dare oder dare facere oportere, ausdrücklich und unzweideutig sich anerkannt findet: allein da auf diesem Punkte auch schon Andere gegen meine Hauptansicht Zweifel geschöpft haben, so will ich lieber diesen Streit geradezu aufnehmen und meine Meinung noch ein Mal etwas breiter entwickeln. Allerdings muß ich dabei an schon gesagtes anknüpfen, da dieselbe bei mir, wie einst vor langer Zeit aufgestellt, in allem Wesentlichen bis auf den heutigen Tag ganz unverändert geblieben ist.

Als ich einst entgegen einer abweichenden Ansicht nachzuweisen suchte[23]), daß der actio hypothecaria, ungeachtet ihrer formula in factum concepta, der Gedanke eines Pfandrechtes als ius in re aliena, nur nicht eines civilen, zum Grunde liege, fügte ich dieser Deduction folgende Worte hinzu:

> „Ist es doch als wenn von dem Gegensatze zwischen civilem und prätorischem Recht noch nie die Rede gewesen wäre. Kein Mensch nimmt Anstoß daran, wenn die Römer oder wenn wir sagen: der Vater ist für die Schulden des Sohnes verpflichtet oder selbst Schuldner, so weit das peculium (oder das in rem uersum) reicht, oder er ist es im Falle seines iussus solidarisch, oder der creditor des magister hat auch den exercitor zum Schuldner. Und doch ist das auch keine civile Obligation, sondern eine prätorische. Nach ius ciuile gehen die Schulden des Sohnes und des magister den Vater und den exercitor eben

23) Richter's krit. Jahrb. XI, S. 994.

so wenig an wie den A. die Schulden des ersten besten B.. Die Schulden jener Personen sind für diese ganz gleichgültige, unjuristische Thatsachen. Der Prätor verleiht ihnen aber Erheblichkeit, indem er dem iudex befiehlt, den Vater und den exercitor aus den Schulden des Sohnes und des magister zu condemniren, obgleich er sonst wohl weiß, daß man aus den Schulden des A. nicht den B., sondern den A. condemnirt. Vom Standpunkte des ius ciuile ist es keine Obligation, von dem des prätorischen Rechtes ist es eine, von demjenigen, welcher beide als coordinirte Rechtstheile unter sich faßt, ist es eine prätorische Obligation, aber keine civile".

Hienach können die zahlreichen Stellen, welche eine selbständige prätorische Obligation des Vaters de peculio u. dgl. angeben oder voraussetzen, oder den Vater debitor der Peculiar-Gläubiger nennen [24]), das Bild, welches ich mir von dieser Rechtsformation mache, in keiner Weise stören, im Gegentheil sie scheinen mir gerade auf deren Vollendung hinzuweisen und die voll ausgebildete Denkform dafür zu enthalten.

Der Gang war wohl folgender:

Ursprünglicher Satz: Aus den Rechtsgeschäften des filiusfamilias wird er selbst ciuiliter verpflichtet, der Vater aber in keiner Weise.

Sodann: Zwar ebenso ciuilis obligatio des filius und keinerlei obligatio des Vaters, aber dieser muß sich doch aus der einzigen entstandenen Obligation, nämlich des filius, peculiotenus

24) Vgl. z. B. L. 1. § 8. De pec. const. L. 1. §§ 3. 13. 24. De exerc. act. L. 7. § 2. L. 19. § 3. De inst. act., d. L. 44. De peculio. L. 44. § 1. De I. D., L. 5. § 2. L. 27. De lib. leg., d. L. 12. Quae in frau. cre. L. 91. § 5. De V. O., L. 21. § 2. de fidei. L. 59. De solut. L. 8. § 4. De acceptil., u. v. a. — Daß die Worte creditor und debitor sowohl auf prätorische wie auf civile Obligationen passen, zeigen u. v. a. St. L. 10. L. 108. L. 178. § 3. De V. S., L. 42. § 1. De O. et A., was ich weniger gegen die vorliegende Abhandlung als gegen die Einwendungen Anderer bemerke. In jener wird allerdings eine prätorische Obligation angenommen, ich leugne nur, daß das eine prätorische Obligation sein könne, was in die Intentio patrem dare facere oportere gefaßt wird.

u. dgl. belangen lassen, und dieß bewirkt der Prätor durch eine Klagformel, in welcher er die obligatio filii zur Bedingung macht, d. h. in die intentio setzt, die condemnatio aber mit oder ohne quantitative Beschränkung auf den Vater richtet; so daß nun der iudex kraft seiner Subordination unter den Prätor, wenn auch sonst nicht von Rechtswegen, in die Nothwendigkeit versetzt wird, aus der Schuld des filius den Vater zu condemniren.

Zuletzt machte man sich Gedanken dahin, daß es doch auch nicht pure Willkür sei, was den Prätor zu diesem Verfahren bestimme, sondern daß ein wirklicher Rechtsgedanke ihn leite, und diesen Rechtsgedanken fand man in einer Verbindlichkeit des Vaters, die zwar nicht im ius ciuile, aber doch in der aequitas ihren Grund habe, und auf dem bezeichneten Wege zur Wirksamkeit geführt werde. Also eine prätorische obligatio, deren Schuldner der Vater ist. Aber an eine veränderte Anlage der Formula konnte auch bei dieser civilisirtern Denkform niemanden der Sinn kommen, weil es immer noch wahr blieb, daß das dare facere oportere in den Klagformeln nur civile, nie prätorische Obligation bedeutet.

Der Unterschied zwischen der letzten und der vorhergehenden Auffassung, der Uebergang von dieser zu jener, ist noch in deutlichen Spuren ersichtlich, er war auch gar nicht ohne praktische Folgen, ja es finden sich sogar noch inconsequente Ueberreste der frühern, nachdem die spätere im Ganzen längst die entschiedene Oberhand erlangt hatte.

Dahin gehören schon Stellen, wie L. 57. De I. D.[25]), wo die

---

25) (Iauol.) Nuptura filiofamilias si socero dotem ita promiserit (dixerit), Quod filius tuus mihi debet, id doti tibi erit: interesse puto, utrum filii obligatio an patris persecutio et in rem uersum promissione contineatur. Nam si id, quod filium dare oportet, significatum est, tota pecunia, in quam filius obligatus est, promissione dotis continebitur; sin autem id, quod patrem de peculio uel in rem uerso praestare oportebit, aestimari debebit, quantum sit eo tempore id, quod promittitur, ut ea summa dotis esse uideatur, qua patrem eo tempore filii nomine condemnari oportebit. Quod si non euidenter appareat, rel.

filii obligatio und patris persecutio in scharfen Gegensatz gestellt wird. Dann aber sachlich L. 32. § 3. De usuris, wo Marcian den Vater aus eigner mora nicht haften läßt (.. siquidem pater duntaxat conuenietur ex mora sua, non tenetur, rel.), von dem Gedanken geleitet, daß, wer überall nicht in obligatione steht, auch nicht durch mora seine Verbindlichkeit erschweren oder perpetuiren kann; während Paullus in L. 49. pr. De V. O. gegen den Vater aus seiner mora eine actio utilis gewährt (vgl. L. 96. De V. O. L. 32. § 5. De usuris), als stehe er in obligatione und habe durch mora seine Verbindlichkeit perpetuirt. Weiter L. 8. § 4. De acceptil. (Ulp.) Filiusfamilias promittendo patrem ciuiliter non obligat, sed se obligat. Propter quod accepto rogare filiusfamilias potest, ut se liberet, quia ipse obligatus est; pater autem acceptum rogando nihil agit, cum non sit ipse obligatus sed filius, rel.

Also selbst Ulpian, der sonst die selbständige prätorische Verbindlichkeit des Vaters vielfach anerkennt (s. Note 23.), meint doch, diese würde durch die Frage Quod me tibi ex promissione filii mei dare facere oportet etc. nicht getroffen, weil man strengförmlich nicht sagen könne, patrem e promissione filii dare facere oportere.

In L. 5. § 2. De lib. leg. (die Worte s. in Note 19.) versagt Julian dem Vater die condictio indebiti, wenn er bezahlte cum in peculio nihil esset; während Marcellus und Ulpian sie ihm gewähren, weil er zur Zeit der Zahlung noch nicht debitor, höchstens condicionalis debitor, gewesen sei. Beides ganz natürlich je nach den beiden obgedachten Denkformen. Wenn der Vater gar nicht Schuldner ist, sondern bloß eine Schuld des Sohnes existirt, aus welcher jener so und so weit belangt werden kann, so kann er, indem er bezahlt, nur die Schuld des Sohnes bezahlen wollen; diese aber ist in Ordnung: also keine condictio indebiti. Denkt man sich dagegen den Vater als Schuldner in einer eignen prätorischen Obligation, so sind bei der Zahlung die eigenthümlichen Voraussetzungen von dieser noch nicht vorhanden gewesen, es ist

eine Richtschuld bezahlt: also condictio indebiti. Und wenn nach allem dem Ulpian in L. 11. De cond. ind. doch selbst wieder sagt: Si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus, quam in peculio est, soluerit, repetere non potest: so mag dabei auf das de peculio actum esse Gewicht gelegt und der ältern Auffassung noch so viel nachgegeben sein, daß lieber die condictio indebiti dem Vater versagt als die in integrum restitutio gegen den Sohn gewährt wird.

Hieher gehört auch die Controverse zwischen Papinian und Ulpian über die Frage, ob wegen der Actio de peculio gegen den Vater edictmäßige Missio in bona rei seruandae caussa stattfinde, obgleich nichts im peculium ist[26]). Papinian verneint die Frage, einfach ausgehend von dem Gedanken an die prätorische Obligation des Vaters, welche noch nicht fertig zu Stande gekommen ist, so daß er also noch nicht als debitor erscheint; Ulpian dagegen, auf die Praxis sich berufend, zieht in Erwägung, daß der Betrag des peculium jederzeit bis zum Zeitpunkte der condemnatio dahin stehe, daß aber wenigstens die Obligation des Sohnes, aus welcher der Vater de peculio condemnirt werden soll, ganz unabhängig von dem Betrage des peculium, sich in Ordnung befinde, (et quod teneat actio rel., d. h. uerum est, filium dare facere oportere). Also wieder ein Ueberrest jener frühern Auffassung, für welche allerdings in dieser Anwendung gewisse Utilitätsgründe sprechen mochten.

---

26) L. 50. pr. De peculio. (Pap.) Eo tempore, quo in peculio nihil est, pater latitat: in bonorum possessionem eius, rei seruandae caussa, mitti non possum qui de peculio cum eo acturus sum, quia non fraudationis caussa latitat, qui, si iudicium acciperet, absolui deberet. Nec ad rem pertinet quod fieri potest, ut damnatio sequatur: nam et si in diem uel sub condicione debeatur, fraudationis caussa non uidetur latitare, tametsi potest iudicis iniuria condemnari, rel. — L. 7. § 15. Qui. ex cau. in po. (Ulp.) Si quis actione de peculio filii uel serui nomine conueniri possit; si latitet, eo iure utimur, ut possint bona eius possideri et uenire, tametsi nihil fuerit in peculio; quia esse potest, et rei iudicatae tempus spectamus, utrum sit an non sit, et quod teneat actio etiam si nihil in peculio fuerit.

So verstattet endlich Gaius in L. 27. De minoribus gegen die Obligation des filiusfamilias minor auf dessen oder des Vaters Verlangen ohne Unterschied die in integrum restitutio, indem er nur Eine Obligation, die des Sohnes, voraussetzt und zu dieser die in integrum restitutio als ein inhärirendes auxilium ansieht; wogegen Ulpian in L. 3. § 4. eod. die Selbständigkeit der prätorischen Obligation in der Art festhält, daß der minor nur, wenn er selbst, nicht aber, wenn der Vater belangt wird, restituirt werden soll; für welche letztere Meinung wohl auch der Gedanke mitbestimmend gewesen sein mag, daß unter den Unbedachtsamkeiten des filius billiger der Vater, welcher ihm das peculium bewilligt hat, als das mitcontrahirende Publicum leiden möge.

Diese Beispiele mögen genügen, obgleich sie sich noch leicht vermehren ließen.

VI.

Auf die bisherigen Einwendungen folgt eine Deduction, daß vielmehr die Noxalklagen Umstellungsklagen gewesen seien, aus welcher ich nur so viel lerne, daß es jemanden geben kann, der „nach Keller L. C., S. 127." sagen kann, litem contestari heiße condemnari oportere; und durch welche ich mich in der Durchgehung der unmittelbar auf die actiones adiectitiae gerichteten Einwendungen nicht unterbrechen lassen mag [27]).

Da kommt denn (zwar noch angeknüpft an die Noxalklagen) zuerst Gai. III, 84. IV, 80., wonach der adrogatus u. dgl. ex ante gesto theils selbst fortwährend utili actione (rescissa capitis deminutione) haftet, theils auch von dem adrogator u. dgl. in solidum defendirt werden muß, widrigenfalls bona quae earum

27) Nur beiläufig: Heißt es denn in der actio furti noxalis hinter den angegebenen Worten Si paret Stichum Titii seruum furtum fecisse (oder Si paret, A°. A°. a Sticho, L. Titii seruo, furtum factum esse illius rei) des weitern: quam ob rem Stichum cum A°. A°. pro fure damnum decidere oportet? oder quam ob rem L. Titium Stichi nomine cum A°. A°. rel.? oder keines von beiden?

(personarum) forent, si eius iuri subiectae non essent, ueneunt. Hier, wird gesagt, sei doch klar, daß nur Ein Schuldner vorhanden sei, der adrogator u. dgl. aber die defensio übernehmen müsse; das erwähne Gaius als eine Eigenthümlichkeit und bezeuge damit, daß die actio de peculio u. dgl. nicht wie die Klage gegen einen defensor angelegt sein könne (das bedeuten doch wohl die Worte: „meine Ansicht über unsre prätorischen Klagen").

Also dieser Adrogator, das wird eingeräumt, wird so belangt, daß die intentio auf das restituirte dare oportere des filius, die condemnatio dagegen auf ihn (den adrogator) selbst gerichtet wird. Und dieser adrogator (heißt es) „muß die defensio übernehmen" und (in Note 2) „defensio ist (seine) Pflicht:" er muß also doch wohl iudicium accipere, eventuell sich aus dem dare facere oportere u. dgl. des Sohnes in solidum condemniren lassen und dann auf eigene Rechnung bezahlen, und das alles von Rechtes, allerdings prätorischen Rechtes, wegen. Und doch soll dieser adrogator kein Schuldner sein, sondern es erst etwa durch den Proceß und dessen Ausgang werden? Aber d. L. 108. De V. S. sagt: Debitor intelligitur is, a quo inuito exigi pecunia potest; und d. L. 178. § 3 eod.: Hoc uerbum debuit omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, siue ciuilis siue honoraria, siue fideicommissi fuit persecutio, u. s. w. (vgl. o. Note 24. a. E.)

Da wäre also wieder ein Fall, wo derjenige, welcher bei einer Umstellungsklage bloß in condemnatione steht, als prätorischer Schuldner, im Proceß also als defensor rei suae, erscheint, wie der bonorum emptor, Universal-Fideicommissar und die vielen Andern oben (S. 173.) beispielsweise aufgezählten.

Man sieht, es fehlt jener Gegenmeinung nur noch der anscheinend so leichte Schritt von der grobern zu der feinern unter den beiden oben (S. 176.) bezeichneten beiden Denkformen, um sich selbst aufzugeben.

Der Adrogator kann sich allerdings der gedachten Verpflichtung dadurch entziehen, daß er alles Vermögen, welches der adro-

gatus ohne die Adrogation u. dgl. hätte, zum Concurse verstellt[28]; — was auch bei der vorliegenden Gegendeduction nicht bezweifelt wird. Doch kommt in dieser noch eine beachtenswerthe andere Aeußerung vor, nämlich in Note 3. S. 420. wird gesagt:

„Nur um ante gestum handelt es sich: die actio de peculio hat nicht statt, aber defensio ist Pflicht. Nach L. 42. De peculio kann kein Zweifel sein."

Vier Aussagen: die erste ist richtig, die dritte besprochen; wie steht es mit der zweiten und bezüglich ihrer mit der vierten?

d. L. 42. (Ulp.) In adrogatorem de peculio actionem dandam, quidam recte putant, quamuis Sabinus et Cassius, ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam, existimant. Heißt das: ex ante gesto hat die actio de peculio nicht statt?

Gewöhnlich hat sie in andern Fällen ex ante gesto (ante scil. potestatem huius domini, wie auch ante hoc peculium) statt, wie in dem ersten Aufsatze S. 20. auch behauptet wird, unter Anführung von L. 5. § 7. De trib., welcher noch L. 27. § 2. L. 11. § 8. L. 52. pr. De peculio voran zu stellen sein mögen. Davon wollten zwar Sabinus und Cassius für den vorliegenden Fall eine Ausnahme statuiren, weil den Creditoren jenes Recht auf volle defensio durch den adrogator, eventuell auf das hypothetische Vermögen des adrogatus, genügen möge, und sie unterschieden daher hinsichtlich der Zulässigkeit der actio de peculio zwischen ante et post (adrogationem) gestum: aber Andere verwarfen diese Unterscheidung, indem sie die actio de peculio unbeschränkt, also auch ex ante gesto, zuließen[29]; und diesen stimmt Ulpian bei,

---

28) Aehnliches kommt auch bei der actio de peculio, freilich nur ausnahmsweise, vor, L. 9. Co. diu. Vgl. m. Röm. Proc. § 65. Note 754.

29) Pomponius lib. 7. ad Sabinum gewährt dem adrogator, welcher de peculio belangt wird, ex ante gesto die gewöhnliche deductio quod sibi debetur, und sagt auch nicht ausdrücklich, daß die actio de peculio ex post gesto angestellt sei: ich möchte daraus doch nicht ohne weiteres den Schluß ziehen, er sei mit Sabinus deßfalls im Widerspruch gewesen.

was denn auch als Justinians Gesetz anzusehen ist. Danach hätte also den Creditoren ex ante gesto die praktisch sehr werthvolle Auswahl zugestanden, den adrogator entweder in solidum zu belangen, mit eventuellem Concurs über das hypothetische Vermögen des adrogatus, oder aber die gewöhnliche actio de peculio anzustellen und damit die Chancen, welche das gegenwärtige peculium des adrogatus gewährt, zu laufen: in beiden Fällen aber, ob der adrogator in solidum oder peculio tenus defendire, ist die Anlage der formula ganz dieselbe, nämlich die einer Umstellungsklage geblieben, nur dort ohne, hier mit dem Zusatze in der condemnatio: duntaxat de peculio rel.

Hier schließt sich übrigens sehr natürlich die L. 18. § 5. De castr. pec. an, von welcher a. a. O., S. 428. behauptet wird, daß sie eher gegen als für meine Ansicht von der formula de peculio rel. spreche. Sie lautet aus Maecianus lib. I. Fideic. so:

> Sed nec cogendus est pater, aes alienum, quod filius peculii nomine, quod in castris acquisiit, fecisse dicetur, de peculio actionem pati; et si sponte patiatur, ut quilibet defensor satisdato filium in solidum, non peculio tenus, defendere debeat. Sed et eius filii nomine non aliter mouere actiones potest, quam si satisdederit, eum ratam rem habiturum.

Gerade jene enge Zusammenstellung des in solidum und peculio tenus defendere scheint mir heute noch es anschaulich zu machen, daß es sich bei dem einen wie bei dem andern wesentlich um dasselbe Klaggebilde handelt, nur daß, wie vorhin bei den Klagen gegen den adrogator, im einen Falle unbeschränkte, im andern taxirte condemnatio in die Formel kommt. Daneben bleibt übrigens zwischen dem Falle der Belangung des Vaters e persona adrogati und filii cum castrensi peculio der Unterschied übrig, daß dort der Vater, als von Rechtes wegen (nicht etwa bloß durch Auftrag oder sonstiges Rechtsgeschäft) verpflichteter defensor, rem propriam, hier dagegen, als freiwilliger und zufälliger defensor, rem alienam defendirt, und daher auch wohl hier, nicht aber dort noch sonst bei

der actio de peculio u. dgl., zur satisdatio iudicatum solui verpflichtet ist.

Die Prüfung meiner Ansicht geht weiter.

Zunächst wieder die Folgerung: wenn der Vater defensor filii sei (natürlich bloß processualischer defensor, wie er oben procurator genannt wurde), so sei er vor der Litis contestatio gar nicht obligirt, auch nicht iure honorario. Darauf ist bereits geantwortet und der bewußte Schritt angerathen. Auf die Folgerung wird jetzt weiter gebaut die Frage: „Wie ist es nun aber möglich, daß der Sohn z. B. in Betreff der Peculienklage als defensor patris auftreten kann, L. 10. § 3. De in rem uerso?

Antwort: Ungefähr so:

> C. Octauius iudex esto. Quod A^s^. A^s^. Lucio, Numerii Negidii filiofamilias, aedes in Palatino aedificandas locauit, qua de re cum N°. N°. patre de peculio agitur, cuius litis Lucius filius pro N°. N°. patre procurator[30]) extitit, quicquid ob eam rem Lucium Negidium filium A°. A°. dare facere oportet ex fide bona, eius Lucium Negidium filium A°. A°. duntaxat de peculio quodue dolo malo N^i^. N^i^. patris factum est, quominus in peculio esset, praeterea et si quid dolo malo N^i^. N^i^. patris captus fraudatusque A^s^. A^s^. est, quanti ea res est, condemna, s. n. p. a. (s. meinen Röm. Proc. § 52. Note 612.)

Und was war das überhaupt für eine Frage? Soll denn die Möglichkeit auch ein Räthsel sein, daß der Erbschaftskäufer und der Universal-Fideicommissar (beide mit Umstellungs-Klagen belangt) durch den Erben defendirt werden? u. w. dgl. m. i.

„Umgekehrt," wird weiter eingewendet, „kann auch der Vater als defensor filii, si hoc maluerit, fungiren, s. z. B. L. 20. De

30) Ich habe die Citate aus desselben Verfassers Schrift über das SC. Maced., insbesondere S. 43. Note 22. nachgesehen, und finde sie deßfalls unerheblich.

pactis:" gewiß, wie sich vor kurzem erzeigt hat, daß auch der adrogator in den Fall kommen kann, den adrogatus ein Mal in solidum, ein ander Mal peculio tenus zu defendiren.

„Dieß stimmt doch, (heißt es dann hinsichtlich der beiden letzten Einwendungen) durchaus nicht mit Kellers Hypothese." Gut, aber erst dann nicht, wenn viele Dinge wahr sind, die in jenem Aufsatze behauptet werden, und die ich in diesem als falsch nachzuweisen mich bestrebe.

VII.

Es bleibt unter den vielen übrigen Einwendungen weniges übrig, was noch einer selbständigen Widerlegung bedürfte; das meiste ist Ausfluß jener bereits dargelegten Entstellung, derzufolge ich, zuwider der ausdrücklichen Aeußerung in meinem Röm. Proc. S. 251. Note 717. den Beklagten der actio de peculio u. w. für einen defensor rei alienae halten soll, oder der ebenfalls schon nachgewiesenen gänzlichen Verkennung der prätorischen Obligation, die ich nie bezweifelt habe. Dorthin gehört z. B. die Behauptung, es würde aus meiner Auffassung folgen, daß der Vater bei der actio de peculio Satisdation iudicatum solui leisten müsse (muß das etwa jener Pupill, welcher e negotio tutoris, der liberirte Schuldner, welcher mit actio institutoria belangt wird, der Universal-Fideicommissar u. dgl. m., alle mit Umstellungsklagen belangt, (s. oben S. 173. u. Note 24.) auch? ferner die Behauptung, es müßte dann, wegen L. 4. pr. §§ 1. 2. De re iud., e condemnatione patris de peculio die actio iudicati gegen den Vater verweigert und gegen den Sohn gegeben werden; worauf dieselbe Gegenfrage dient. Weiter dieses: „wenn es in L. 5. § 1. De exerc. act. heißt, hoc enim edicto non transfertur actio sed adiicitur, so hat das nach der Formel Kellers weder Sinn noch Werth. Ist der Vater nur defensor, dann liegt nicht einmal der Schein einer translatio vor; und adiicitur kann doch nicht heißen, daß der exercitor erst durch Litiscontestation Schuldner werde." Immer dasselbe! Soll denn bei den Umstellungsklagen von trans-

ferre oder adiicere im Sinne der d. L. 5. § 1. nicht die Rede sein können? liegt auch bei dem SC. Trebellianum „nicht einmal der Schein einer translatio" actionum vor? Und bei jenem Pupill? Und bei dem dominus e condemnatione cognitoris? und bei der actio institutoria e SC. Velleiano? In allen diesen Fällen (lauter Umstellungsklagen, s. o. Note 22.) wird die Klage von dem ursprünglichen Schuldner, nämlich dem Erben, Tutor, cognitor damnatus, der intercedirenden Frau, auf den andern Schuldner, nämlich den Universal-Fideicommissar, Pupill, dominus, liberirten Schuldner, transferirt[31], d. h. gegen jene gestattet und dafür gegen diese verweigert, wogegen die actio de peculio z. B. gegen den adrogatus (o. Nr. VI.), wie auch übrigens in allen andern Fällen, gleich der exercitoria, institoria, quod iussu u. s. w. adjicirt, d. h. mit der Klage gegen den primitiven Schuldner zur Auswahl gestellt, wird.

Aber jetzt kommt „das schwerste Bedenken gegen Kellers Formel." Und welches denn? „weil die prätorische Klage nur eine formula ist mit subjectiver Umstellung," so sei auch in den objectiven Bedingungen gar keine Differenz zwischen der prätorischen und directen Klage denkbar; also: nicht Einheit der Obligation, sondern Einfachheit, eadem obligatio (simplex), mithin, denke ich, so was man sonst Identität nennen würde. Wieder ganz falsch und bloß aus den beiden kurz vorher bezeichneten zwei Grundirrthümern geflossen. Wenn der Sohn 100 schuldet, im peculium sich 50 finden, und nun der Vater gemäß meiner formula aus der Schuld des Sohnes auf 50 condemnirt wird, ist dann die Obligation des Vaters, welche der Prätor, indem er solche Condemnation anordnete, in seinem Sinne trug, identisch mit derjenigen des Sohnes auf 100? Doch, wird man einwenden wollen, wenn der Vater procurator ist, so kommt er ja erst durch die Litiscontestatio in obligationem: — darauf ist bereits geantwortet. Und hier nun

---

31) Ueber translatio iudicii i. A. vgl. m. C. Pr. § 68., insbesondere auch die dort angeführte L. 57. De iud.

noch ein Mal: was in aller Welt soll denn dem natürlichen Gedanken entgegen stehen, daß, wenn der Sohn, welchem ein peculium concedirt ist, gegen einen Dritten durch ein Rechtsgeschäft eine Schuld eingeht, der Vater diese Schuld bezahlen soll, so weit das peculium nach dem Betrage zu der Zeit, wo man ihn darum anspricht, oder, wenn er sie streitig macht, nach dem Betrage zur Zeit, da er condemnirt wird, dazu ausreicht? daß der Prätor, um dieß herbeizuführen, gegen den Vater eine actio gibt, deren intentio die civile Schuld des Sohnes als die Hauptbedingung der Condemnation des Vaters, und deren condemnatio die übrigen Modalitäten, insbesondere das Maß, der zulässigen Condemnation (taxatio i. w. S.) enthält? und daß man sich allem dem zufolge den Vater als aus der Schuld des Sohnes peculio tenus, zwar nicht ciuiliter, aber doch prätorisch, obligirt vorstellt?

„Aber," heißt es weiter, „jenes negotium filii ist nicht der Rechtsgrund der prätorischen Obligation, wie Keller behauptet": wohl ist es der Rechtsgrund neben potestas, peculium u. dgl.; „sonst" (so fährt es fort) „müßte der Vater unbedingt (soll wohl heißen in solidum) daraus obligirt sein, wie es der defensor wird und der Erbe ist:" ist denn der bonorum emptor, welcher den Concursgläubigern ebenfalls prätorisch aus ihren Rechtsgeschäften mit dem Cridar, dazu aus der addictio u. dgl. haftet, und zu diesem Behufe mit einer Umstellungsklage (Rutiliana, o. N. IV.) belangt wird, auch unbedingt oder in solidum obligirt?

Folgt sodann nach begründender Einleitung (S. 426.) die Unterscheidung: a) negotium filii (filii nomine) an sich, b) negotium filii (filii nomine) quoad originem mit obligatio iure praetorio ante iudicium acceptum, c) suo nomine obligatum patrem esse (a. post, b. ante litisc.), modificirt durch den Vater; — und der Vorwurf, daß ich diese Differenz gänzlich ignorire. Ich werde sie auch weiter ignoriren, da sie mir wie aufgestellt ganz verkehrt scheint. Jedenfalls bedarf ich ihrer in keiner Weise, um zu begreifen, was demnächst der Verfasser für sich anführt, nämlich daß der Sohn defensor patris und der Vater, si hoc maluerit,

defensor filii werden, daß der Vater sich für die directe Obligation des Sohnes und der Sohn für die prätorische Obligation des Vaters verbürgen kann, L. 19. § 2. De inst. act. (Principal für seinen filius institor), L. 12. De fidei. (gehört gar nicht hieher, vgl. L. 11. a. E. eod. L. 18. De SC. Maced.); ferner, daß, wenn dem Vater liberatio legirt wird, diese nur pacto geschehen darf, ne etiam filius liberetur, und nur der prätorischen Obligation gilt; wenn dem Sohn, es im Zweifel der letztern mit gilt; wenn endlich dem Vater als Bürgen des Sohnes und nur als solchem, er bloß pacto zu liberiren ist und noch immer de peculio haftet, L. 5. § 2. ff. De lib. leg.; und daß der Vater, welcher de peculio obstrictus diese seine prätorische Schuld constituirt, mit der actio de pecunia constituta für die Schuld des Sohnes so weit haftet, als zur Zeit des constitutum in peculio war, dagegen in solidum, wenn er die Schuld des Sohnes selbst constituirte, L. 1. § 8. L. 2. L. 19. § 2. De pec. const. Wenn mir dabei noch schuldgegeben wird, ich sage doch unumwunden, daß die prätorische Klage im objectiven und subjectiven Bestande von der directen Klage sich nicht unterscheide, — und das unter Citat meiner Lit. Cont. S. 413. f. 416. 426. (Note 13.) 440. und Civ. Pr. S. 115. 122.: so überlasse ich es dem Urtheile jedes wahrheitsliebenden Menschen, ob diese Zumuthung irgend welchen Grund hat.

VIII.

Nachdem sodann der letzte Stab gebrochen („daß Keller's Formel, die nur ein filii nomine, d. h. alieno nomine, zuläßt, unwahr ist", S. 426.), und dazu noch einiges was wie Hohn aussieht (durch Bezugnahme auf Keller Civ. Pr. Vorrede S. V.) angehängt ist (was sich übrigens schon in meiner Lit. Cont. S. 425. f. zum voraus widerlegt findet), folgt zum Schlusse eine resumirende Vergleichung der eignen und meiner Formel hinsichtlich ihrer Quellenmäßigkeit; die größere Wahrscheinlichkeit wird natürlich für jene in Anspruch genommen. Eine wesentliche Bestätigung enthalte Gai. IV, 134. f. (wie, haben wir oben S. 170. gesehen). Die praescriptio

(o. S. 170.) stelle dar, daß der Sohn in peculium, in rem patris, als magister contrahirt habe; so erkläre sich, warum der Vater geben müsse, und zugleich, daß er nur so weit geben müsse, quatenus iussit, praeposuit, in peculium redactum (?) est; — „beide Fragen beantwortet Kellers Formel nicht; namentlich folgt aus ihr eine unbedingte Haftung des Vaters, nicht bloß quatenus praeposuit" (das wird sich noch zeigen! meine dem entgegen stehende Aeußerung, Röm. Civ. Pr. S. 170. Note 478. hat der Vfr. gelesen, aber, wie er sagt, nicht verstanden; ich lasse es darüber auf Gell. XX, 1. ankommen). Jene Notiz bei Gaius (IV, 134. f.) klinge wieder in L. 2. C. Si manc. ita uen. und in L. 4. De inst. act. (ich höre nichts davon[32]: Auch L. 13. pr. eod. scheine hiemit in Bezug zu stehen[33]; ich möchte wohl wissen, wie aus dieser Stelle irgend etwas zu Gunsten jener (m. E. unmöglichen) formula sollte gefolgert werden können.

Damit wären die eignen Quellenzeugnisse zu Ende, und es geht jetzt an die Recension der meinigen, zwar in möglichst verkehr=

32) d. L. 2. C. (Imp. Alexander) Mulierem, quam ita ueniisse allegas, ne prostitueretur, aut si prostituta fuerit, libera esset, per officium militare exhiberi apud tribunal oportet, ut, si controuersia referatur de pacto (quod tamen si uerum est, libertas mulieri existente condicione competit), agatur caussa apud eum, cuius de ea re notio est. Haec autem lex, et nisi tabulis uenditionis inserta sit, quamuis epistola uel sine scriptis facta ostenditur, ualet. — d. L. 4. (Paul.) ... Nec mutat caussam actionis locus uendendi emendiue, cum utroque modo uerum sit, institorem emisse aut uendidisse. „Keller, Lit. C., S. 433., so wird zu dieser Stelle bemerkt, sieht darin ebenfalls einen Hinweis auf die Formel, freilich nur der actio institoria". Ja, und zwar, wie ich dort sagte: daß darin die demonstratio der gewöhnlichen Contractsklage (hier der actio empti oder uenditi) gestanden habe.

33) d. L. 13. pr. (Ulp.) Habebat quis seruum merci oleariae praepositum Arelatae, eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuam pecuniam: putans creditor, ad merces eum accepisse, egit proposita actione: probare non potuit, mercis gratia eum accepisse: licet consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Iulianus utilem ei actionem competere ait. Vgl. darüber meine Lit. Cont. S. 433. Note 3.

ter und abschwächender Reihenfolge, doch sollen sie mir auch so noch willkommen sein.

Zuerst L. 18. § 5. De castr. pec., schon oben Nr. VI. von mir besprochen. Dann L. 6. § 12. Quae in frau. cre.[34], wo man nur die eigne Ansicht von filii und patris nomine bestätigt findet; ich finde darin vielmehr einige Hinweisung darauf, daß die Clauseln duntaxat de peculio et de in rem uerso eher zur condemnatio formulae als anderswohin gehören, und habe sie deßwegen a. a. O. (S. 426. Note 13.) hinterher als bestärkende Nebenstelle angeführt. Dann L. 42. pr. De furtis. (Paul.) Si seruus nauem exerceat non uoluntate domini, de eo, quod ibi perit, uulgaris formula in dominum danda est: ut quod alter admisit, duntaxat de peculio, quod ipse exercitor, adiiciatur ut noxae dederet. Igitur si manumissus sit, persecutio quidem in peculio manebit aduersus dominum intra annum, noxalis ipsum sequetur.

In dieser Stelle (in welcher es dem Vfr., wie er sagt, unmöglich ist, einen Beweis für meine Formel zu finden) liegt doch so viel, daß aus einer Schädigung u. dgl., welche nicht von dem seruus exercitor selbst, sondern von einer jener andern Personen, für die er nach dem Edict verantwortlich ist, begangen worden, die uulgaris formula, d. h. die ordentliche prätorische actio in factum, wie sie gegen den exercitor stattfindet, und auch gegen den seruus exercitor stattfände, wenn er ein freier Mensch wäre, gegen den dominus ertheilt wird, und zwar mit der Beschränkung (ut adiiciatur) duntaxat de peculio[35], welche natürlich in der con-

34) Ulp. ... si seruus ab eo, qui soluendo non sit, ignorante domino ipse sciens rem acceperit, an dominus teneretur? Et ait Labeo, hactenus eum teneri ut restituat quod ad se peruenit, aut duntaxat de peculio damnetur uel si quid in rem eius uersum est, rel.

35) Vgl. L. 19. § 2. De nox. L. 3. § 3. Nautae. L. 1. pr. § 3. Furti adu. nau. — Die actio würde also ungefähr so lauten: Quod As. As. in nauem, quam Stichus Ni. Ni. seruus non uoluntate domini exercebat, intulit, si ibi in ea re ab eorum aliquo, qui nauigandi caussa ibi tum erant,

demnatio steht, da in dieser erst, zumal als bei einer actio in factum, der Name des dominus vorkommen kann; wonach denn wirklich die actio de peculio nicht als eine besondere reelle actio, sondern bloß als eine modificirende adiectio jener actio in factum quasi ex delicto[36] erscheint.

Weiter § 4. I. Quod c. eo qui, nebst Gai. IV, 73., worin die „quellenmäßige Constatirung" dafür nicht zu finden sein soll, daß die Erwähnung des peculium in der condemnatio formulae enthalten war. Nun wie lautet denn dieser § 4.? die schlagenden Worte (von dem weitern Zusammenhange gar nicht zu reden) sind diese:

---

damnum iniuria datum aut furtum factum siue eorum alicuius ope consilioue ab alio furtum factum est, qua de re Stichus seruus, si liber esset ex iure Quiritium, quanti ea res fuit, eius duplum A⁰. A⁰. ex edicto meo condemnari deberet: iudex Nm. Nm. quanti ea res fuit, eius duplum, duntaxat de peculio Stichi serui et quod dolo malo Ni. Ni. factum est, quominus in peculio esset, A⁰. A⁰. condemna, s. n. p. a. — Oder soll denn wohl hier die actio de peculio, wie in dem Aufsatze, auch als selbständige reelle actio (nicht als bloße adiectio jener actio in factum) auf Quicquid dominum A⁰. A⁰. dare facere oportet gestellt sein? — Für die in derselben Stelle erwähnte Noxalklage gebe ich meinerseits, als für eine actio in factum, eine Ausnahme zu, und denke mir sie ungefähr so: Quod As. As. in nauem quam Stichus Ni. Ni. seruus non uoluntate domini exercebat, intulit, si ibi in ea re a Sticho seruo damnum datum rel. est, quanti ea res fuit eius duplum Nm. Nm. A⁰. A⁰. condemna aut Stichum noxae dedere, s. n. p. a. Ueber die nachlässige Redeweise aut noxae dedere s. m. Röm. C. Pr. § 66. Note 771. litt. c.

36) § fi. I. De obl. qua. ex del. L. 5. § ult. De O. et A. — Ueber die actio de peculio u. s. w. als bloße adiectio der ordentlichen Klagen vgl. m. Lit. Cont. § 50. Note 12., auch L. 38. pr. de pecul. (hier oben Note 8.). Was soll denn hier wieder die (angeblich „allgemein übersehene") L. 12. Quae in frau. cre.? wo Marcellus erst sagt, daß der Vater, wenn er dem Sohne eine alienatio in fraudem creditorum erlaube, dafür suo, nicht filii nomine hafte; und dann beifügt: etenim filii creditores etiam patris sunt creditores (vgl. o. Note 23.); cum eius generis uidelicet habebunt actionem, ut his de peculio praestari necesse sit; ganz natürlich, weil ihnen als filii creditoribus (d. h. ex eo quod filium sibi dare facere oportet) eine so geartete Klage gegen den Vater ex edicto praetoris zusteht, daß dieser ihnen daraus peculio tenus condemnirt werden muß.

Licet enim una est actio, qua de peculio deque eo, quod in rem domini uersum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes.

Daß diese duae condemnationes nach dem Sinne von Gaius die condemnationes in formula positae sind, ist klar, zumal die Aussage auf die condemnatio a iudice pronunciata bezogen kaum wahr wäre. Und wo sind denn nun diese duae condemnationes? Sie sind z. B. in der oben (Note 20.) angeführten Probe einer actio ex stipulatu de peculio et de in rem uerso mit Händen zu greifen, nämlich:

eius N^m^. N^m^. patrem A°. A°.

a) duntaxat de peculio quodue dolo malo N^i^. N^i^. factum est quominus in peculio esset,

b) uel si quid in rem N^i^. N^i^. inde uersum est,

condemna, s. n. p. a.

Aber wo finden sich diese duae condemnationes in der entgegen gestellten Formel des Vfrs.? deren condemnatio lautet (o. S. 169.) so:

id Titium condemna.

Wird denn von solcher formula irgend jemand sagen: una est actio, sed duas habet condemnationes?

Es scheint mir wirklich einiger Befangenheit zu bedürfen, um so frischweg zu läugnen, daß jene Stelle ein starkes Zeugniß für meine Construction und zugleich ein noch stärkeres wider die andere[37] enthält.

Aber, wird ausweichend hinzugesetzt, „es ist doch nichts natürlicher, als daß die factischen und rechtlichen Bedingungen der Klage in der praescriptio und demonstratio zu lesen sind, nicht erst in der condemnatio: hiernach ist Gaius IV, 73. und jene Institutionenstelle leicht zu verstehen." Seit wann steht denn die taxatio in der praescriptio oder demonstratio? Gai. IV, 43. 51. f. Oder ist etwa die Beschränkung der condemnatio auf den Betrag des

37) Man sehe die ganz ungenügende Erklärung auf S. 22. f.

peculium und des in rem uersum keine taxatio? L. 24. § 2. De A. E. V. u. v. a. (vgl. m. Röm. Proc. § 39. u. das. Note 453.)

Uebrigens ist bei meiner Construction pünktlich zu ersehen, warum die formula de peculio gerade mit der de in rem uerso, und mit keiner andern adiectitia, Eine actio ausmacht, was bei der entgegen gestellten Construction gar nicht einleuchtet.

Endlich folgen noch die Stellen, in welchen von den actiones de peculio gesagt wird: intenditur recte (oder tenet actio) etiamsi nihil sit in peculio, L. 30. pr. De pecul. L. 7. § 15. Qui. ex cau. in po. Auch darin soll kein Zeugniß für meine Construction der Formel zu erkennen sein. Aber jene Aeußerungen passen doch nicht übel dazu: die Schuld des Sohnes (das in der intentio stehende dare oder dare facere filium A⁰. A⁰. oportere) kann in bester Ordnung sein, wenn er auch nichts in peculio hat. Aber wie passen sie denn zu der entgegen gestellten Formel Quicquid patrem A⁰. A⁰. dare facere oportet? So schlecht wie nur immer möglich. Denn abgesehen von dem, was der Vfr. nicht glaubt, was aber doch wahr und schon oben (Nr. III.) erwähnt ist, daß, weil der Vater durch das Rechtsgeschäft des Sohnes nie ciuiliter verpflichtet wird, deßwegen auch aus der auf ihn lautenden intentio dare facere eum (patrem) oportere nie etwas werden kann; taugt solche intentio Quicquid patrem A⁰. A⁰. dare facere oportet auch aus dem Grunde nichts, weil dieselbe, was der Vfr. glaubt und behauptet, auf den Betrag des peculium als auf eine Bedingung gestellt ist, welche Bedingung sich erst zur Zeit der sententia indicis erfüllt darstellen kann. Von wem man aber nur bedingt sagen kann, eum dare facere oportere, von dem ist es vorerst nicht wahr, eum dare facere oportere, und wenn dieß nicht wahr ist, so kann man auch nicht sagen recte actorem intendere oder actionem tenere. Wohl ist die intentio als Ganzes eine Bedingung der condemnatio, aber die intentio in sich verträgt weder condicio noch auch nur dies[38]. Ist also das angebliche

38) L. 35. De iud. (Iauol.) Non quemadmodum fideiussoris obligatio in pendenti potest esse uel in futurum concipi, ita iudicium in pendenti potest

dare facere oportere des Vaters, wie der Vfr. behauptet, wiewohl man es seiner Formel, was er immer in die „demonstratio oder praescriptio" setzen mag, nicht ansieht, bedingt durch Inhalt und Betrag des peculium zur Zeit der condemnatio, so kann man mit Wahrheit nicht sagen: intenditur recte (oder actio tenet), etiamsi nihil sit in peculio. Und mag man demnach in diesem Ausspruche der angeführten Stellen einen stärkern oder schwächern Grund für meine Construction der formula finden (ich meinerseits finde heute noch einen sehr starken darin, zumal in Verbindung mit allem andern, was damit zusammen trifft, s. m. Lit. Cont. § 50. S. 423. ff.), so scheint mir darin jedenfalls wieder ein ganz entscheidender Grund wider die entgegen gestellte Formel zu liegen.

Aus L. 32. pr. De peculio, welche der vorliegende Aufsatz an dieser Stelle (S. 429.) gar nicht berührt, und die ich noch immer ebenso wie in meiner Inaugural-Dissertation verstehe, würde ich bez. für und gegen die eine und die andere Formel ein ganz ähnliches Resultat ziehen, was mich aber in die Lehre von der Consumtion hinüber führen würde, welche der Aufsatz in seiner zweiten Hälfte behandelt. Dahin will ich für dieß Mal nicht folgen. Es werden darin die Consequenzen aus der vorhergehenden Erörterung gezogen, uud mit diesen wird es sich wohl von selbst machen, wenn die Grundlage, wie ich nachzuweisen suchte, so vollständig hinfällig ist.

Hingegen will ich noch die sämmtlichen adiectitiae mit betreffender formula, wie ich mir sie ungefähr vorstelle, je in einem Beispiele folgen lassen[39]; vielleicht wird dann auch der Verfasser

---

esse uel de his rebus, quae postea in obligationem aduenturae sunt: nam neminem puto dubitaturum, quin fideiussor ante obligationem rei accipi possit, iudicium uero antequam aliquid debeatur, non posse. Vgl. L. 186. De R. I.

39) Ich brauche sie nicht neu zu entwerfen, sie liegen schon seit Jahren gedruckt vor mir. Uebrigens weiß ich recht wohl, daß man nicht der eignen Eitelkeit dient, wenn man wörtliche Formeln giebt. Kleinere oder größere Fehler sind kaum zu vermeiden, aber was concret und redigirt vorliegt, ist leich-

des Aufsatzes einsehen, daß in meinem Röm. Civilproceß zwischen § 32. S. 122. und § 42. Note 478. keinerlei Widerspruch waltet, wie er bis jetzt (S. 427.) zu meinen scheint.

IX.

1. Actio exercitoria, z. B. de pecunia certa credita.
Ea res agatur [40], quod As. As. L. Titio, magistro eius nauis, quam Ns. Ns. exercebat, eius rei nomine, cuius ibi L. Titius praepositus fuit, pecuniam mutuam dedit. Si paret, L. Titium A⁰. A⁰. mille aureos dare oportere, iudex Nm. Nm. A⁰. A⁰. mille aureos condemna, s. n. p. a.

2. Actio institoria, z. B. empti.
Quod As. As. de L. Titio, quem Ns. Ns. tabernae uinariae exercendae institorem praeposuit, cuius rei caussa L. Titius a N⁰. N⁰. praepositus est, decem amphoras uini Campani emit, q. d. r. a., quicquid ob eam rem L. Titium A⁰. A⁰. dare facere oportet ex fide bona, eius Nm. Nm. A⁰. A⁰. condemna, s. n. p. a.

3. Actio quod iussu, z. B. uenditi.
Quod iussu Ni. Ni. patris As. As. Gaio Ni. Ni. filiofamilias togam uendidit, q. d. r. a., quicquid ob eam rem Gaium filium A⁰. A⁰. dare facere oportet ex fide bona, eius Nm. Nm. patrem A⁰. A⁰. condemna, s. n. p. a.

4. Actio de peculio, zugleich de in rem uerso,
a) uulgaris, z. B. depositi.
Quod As. As. apud Stichum, Ni. Ni. seruum, mensam

---

ter zu bessern, und quellenmäßige Grundlage gibt es für diese Lehre so gut wie für manche andere, vor der sich niemand scheut. Das schlimmste aber ist, auf Formeln, welche man nicht deutlich vor Augen hat, Schlüsse zu bauen.

40) Vgl. o. Note 18. — Bei allem eignen Zweifel mache ich bei certis formulis, wie die obige, von dieser praescriptio demonstrationis loco so lange Gebrauch, bis etwas wahrscheinlicheres nachgewiesen wird, was ich gerne abwarte und gar nicht für unmöglich halte.

argenteam deposuit, q. d. r. a., quicquid ob eam rem Stichum seruum, si liber esset ex iure Quiritium[41], A^{o}. A^{o}. dare facere oporteret ex fide bona, eius N^{m}. N^{m}. A^{o}. A^{o}. duntaxat de peculio[42], quodue dolo malo N^{i}. N^{i}. factum est quominus in peculio esset, uel si quid in rem N^{i}. N^{i}. domini inde uersum est, praeterea etiam si quid dolo malo N^{i}. N^{i}. captus fraudatusque A^{s}. A^{s}. est, quanti ea res erit, condemna, s. n. p. a.

b) annalis, z. B. als condictio indebiti mit actio de pecunia certa credita.

Ea res agatur quod A^{s}. A^{s}. Lucio, N^{i}. N^{i}. filiofamilias, pecuniam indebitam soluit. Si Lucius Negidius uiueret, tum si eum mille aureos A^{o}. A^{o}. dare oporteret, iudex N^{m}. N^{m}. patrem A^{o}. A^{o}. mille aureos duntaxat de peculio, quod Lucii filii fuit, quodue dolo malo N^{i}. N^{i}. factum est, quominus in peculio esset, qua de re intra annum, ex quo Lucius filiusfamilias e uita excessit atque primum A^{o}. A^{o}. siue ad quem ea res pertinebat, experiundi potestas fuit, actum est, uel si quid in rem N^{i}. N^{i}. patris inde uersum est, condemna, s. n. p. a.

5. Actio tributoria, z. B. praescriptis uerbis.

Ea res agatur quod A^{s}. A^{s}. Sticho seruo, qui in potestate N^{i}. N^{i}. est, cum is sciente N^{o}. N^{o}. domino merce peculiari negotiaretur, eius mercis caussa uini Tarentini noui amphoras XX. ea lege dedit, ut sibi Stichus seruus tritici Africi boni medimnos CL. daret, quo nomine N^{s}.

---

41) Der Beisatz, ex iure Quiritium (Huschke Gaius S. 76. f.) ist, wenn auch nicht überall nöthig, mir doch selbst als ein allgemeiner wahrscheinlich. Die Ansicht Ruhstrat's (im Archiv f. d. Praxis von Oldenburg I, S. 38.), daß die actiones de peculio u. dgl. serui nomine in factum concipirt worden seien, ist m. E. weder wahrscheinlich noch irgend weniger „gewagt."

42) Ausnahmefälle mit beschränkterer condemnatio s. in L. 4. § 1. De aleat. L. 30. pr. De A. E. V., L. 1. § 4. L. 3. § 12. L. 21. § 1. De pecul. L. 15. pr. De iudic.

Ns. ab A°. A°. ex edicto meo in tributum uocatus est; quicquid ob eam rem Stichum seruum, si liber esset ex iure Quiritium, A°. A°. dare facere oporteret ex fide bona, quanto eius minus, quam ex edicto meo oportebat, A°. A°. de illo peculio, quod in illis mercibus, quibus Stichus negotiatus est, continetur, quodque inde receptum conuersumue in peculium est, dolo malo N[i]. N[i]. tributum est, tanti iudex N[m]. N[m]. A°. A°. condemna, s. n. p. a.

VII.

Ueber die Bekräftigungsformeln der Rechtsgeschäfte, besonders der Contracte, vom sechsten bis neunten Jahrhundert.

Von Bluhme.

I. Die römisch-germanischen Formelsammlungen und der Codex traditionum von S. Gallen.

Seit der Zeit, da Canciani einen übersichtlichen Gesamtabdruck der seit 1613 allmählig herausgegebenen Formelsamlungen des früheren Mittelalters veranstaltete, und denselben mit ungedruckten langobardischen Formeln aus einer Veroneser Handschrift vermehrte[1], hat sich der Bestand dieses Materials sehr erweitert. Auf zahlreiche neue Handschriftenvergleichungen[2] sind theils schon neue Ausgaben von ungedruckten oder verbesserten Texten, theils gründliche Abhandlungen über den historischen Gehalt dieser Formelsammlungen gefolgt. Aus der Praxis des römischen Privatrechts ist uns so der bedeutendste Zuwachs in den westgotischen Formeln erwachsen, welche schon von Knust in Madrid copirt[3], dann von

1) Canciani leges barbarorum Vol. II. 1783. pag. 177—276. 401—478. Vol. III. 1785. pag. 431—492. Vol. V. 1792. pag. 54—106.

2) vgl. Archiv f. ältere deutsche Geschichtsquellen IV, 225. V, 316. VII, 40. 81. 97. 98. 156. 173. 745. 749. 798—803. VIII, 2. 118. 119. 175. 785. 811. X, 456. 569. — Pardessus notice sur les manuscrits de formules, in der bibliothèque de l'école des chartes. Tom. IV. 1842.

3) Archiv f. ält. d. Gesch. VIII, 175. 214. 784. 85. Hienach ist eine Aeußerung in Dümmler's Vorrede zu Salomo (Note 13) S. XXX, Z. 10 zu berichtigen. Die Quelle unserer Ausgaben ist der s. g. Codex Oueten-

Rozière[4] und neuerdings von Biedenweg[5] herausgegeben sind[6]; dieser Gewinn wird aber noch weit überwogen durch die allgemeineren historischen und juristischen Resultate, die sich aus den Arbeiten von Mone[7], Rockinger[8], v. Wyß[9], Pardessus[10], Rozière[11], Wattenbach[12] und Dümmler[13] ergeben.

---

sis, d. h. eine im J. 1572 durch Morales veranstaltete Copie einer alten, leider verloren gegangenen Handschrift von Oviedo.

4) Formules wisigothiques inédites, publiées d'après un manuscrit de la bibliothèque de Madrid. Paris, Durand 1854. 8°.

5) Commentatio ad formulas visigothicas nouissime repertas. Diss. inauguralis. Berolini 856. 8°.

6) Die neuesten Untersuchungen über diese Formeln finde ich, da eben diese Abhandlung der Presse übergeben werden soll, in Helfferich's Geschichte des Westgothenrechts. 1858. S. 57—67. Ich kann nur noch die Angabe daraus entnehmen, daß eine neue Vergleichung von Rozière's Abdruck mit der Madrider Handschrift bei der form. XX (der längsten) 21 Abweichungen ergeben habe. Die Abschrift von Knust wird also auch immer noch zu benutzen bleiben. — Merkwürdig ist übrigens die wiederholte Berufung auf die lex Julia et Papia Poppaea in diesen westgotischen Formeln (num. 14. 15. 18. 19), für die aber auch schon bei Marculf II, 15 eine bisher nicht erwähnte Analogie zu finden ist. Daß die Alemannen diesem Gesetze kurzweg den Namen Widem-Ea (Dotalgesetz) gegeben, hat Biedenweg bereits aus Grimm's Rechtsalterthümern S. 424 erinnert. In Graff's Sprachschatz I, 778 finde ich zwar das Wort uuidamea, aber ohne weitere Erläuterung.

7) Reichenauer Formeln (augienses) in der Ztschr. für Gesch. des Oberrheins III, 385—397. (1852).

8) Quellen zur bair. Geschichte Bd. VII. 1857, und Anzeigen der Münchner Akad. der Wissensch. 1857. Num. 58. 59.

9) Mittheilungen der antiquar. Gesellschaft in Zürich VII. S. 17—58. (1850.)

10) Bibliothèque de l'école des chartes. Tom. IV. 1842. 1843. pag. 1—22.

11) Ibid. Troisième Série. Tom. II. 1850. p. 504—526. Tom. V. 1854. p. 553. 554. und in Separatausgaben, Paris 1844. 1851. 1853. Revue historique de droit français et étranger 1858. Livraison I. pag. 74—84. (vgl. Note 4. 20. 21.)

12) Iter austriacum. 1853. S. 1—94, und Deutschlands Geschichtsquellen im Mittelalter. 1858. S. 145. 146. 200.

13) Das Formelbuch des Bischof's Salomo III. von Konstanz. 1857. (die früher s. g. formulae alsaticae.)

Bei diesem Anschwellen des Stoffes ist nun freilich ein Separatabdruck der juristischen Bestandtheile im Interesse der Rechtsgeschichte sehr zu wünschen; aber die Erfüllung dieses Wunsches würde nur zu neuen Verwirrungen führen, wenn sie der völlig durchgeführten kritischen Sichtung des Materials vorherginge. So lange nicht die, namentlich von Baluze verschuldete Vermischung verschiedener Formelsamlungen gehoben, und die Herkunft jeder einzelnen Formel mit möglichster Sicherheit festgestellt ist, dürfen wir nur auf klassificirende Register bedacht sein, welche, gehörig durchgeführt, das Verständnis der Praxis jener Zeiten schon wesentlich fördern würden.

Aber auch ohne diese genaueren Vorarbeiten lassen sich die sämtlichen Marculfinischen, Lindenbrogischen und Bignon'schen Formeln im Allgemeinen unbedenklich in das eigentliche Frankreich, die Sirmondischen nach Tours, die Mabillon'schen nach Angers, die ersten Stücke der kleinen Baluzischen Samlung nach Auvergne verlegen, während die übrigen meist alemannischer Herkunft sind, natürlich mit Ausnahme der ganz unverkennbaren westgotischen und langobardischen Formeln.

Eben so ergeben sich schon bei oberflächlicher Lesung aus dem Inhalt der Formeln vier Hauptklassen derselben:

1) Urkunden und Geschäftsbriefe der Fürsten, der Bischöfe und weltlichen Obrigkeiten (auctoritates, mandata, indiculi, formatae u. s. w.)

2) Urkunden der Privatpersonen über Contracte, Testamente und Notificationen (apennes, Eröffnisse).

3) Gerichts- und Curialprotokolle (gesta, açta, noticiae) wie sie namentlich in den von Sirmond und Mabillon edirten Formelsamlungen aus Tours und Angers, in den Formeln von Auvergne bei Baluze (Canciani III, 464—466) nnd in den letzten Urkunden bei Goldast (Note 14) zu finden sind.

4) Schemata rein mündlicher Gerichtsverhandlungen, welche in der weit überwiegenden Mehrzahl der langobardischen Formeln enthalten sind. Trotz ihrer materiellen Dürftigkeit wird es doch in den Monumenta Germaniae an zahlreichen und erwünschten Ergän-

zungen und Berichtigungen des Abdrucks bei Canciani nicht fehlen.

Die folgenden Blätter sollen sich nur mit der zweiten Classe von Formeln beschäftigen. Es soll untersucht werden, wie in der absterbenden Römerwelt und in dem erwachenden germanischen Rechtsleben die traditionellen Formen der Stipulation und der Conventionalstrafe zu schriftlichen Contractsformen, zu fiscalischen Strafen und religiösen Sanctionen umgeprägt worden sind.

Bei dieser zweiten Classe ist aber auch jedenfalls der Reichthum des Stoffes der größte; denn hier wird der Formelvorrath noch übertroffen durch die Menge von Originalurkunden aus dem sechsten bis neunten Jahrhundert, die sich besonders schon in manchen s. g. Codices traditionum, d. h. den neueren Samlungen von Erwerbstiteln für die Besitzungen geistlicher Stiftungen und Corporationen, gedruckt finden. Eben dieser Reichhaltigkeit wegen habe ich mich hauptsächlich auf eine dieser Samlungen, die der ehrwürdigen Abtei von S. Gallen, beschränken zu dürfen geglaubt, mit welcher es folgende Bewandnis hat.

Schon im J. 1606, ehe an die Herausgabe handschriftlicher Formelsamlungen gedacht war, hatte Goldast aus den reichen Urkundenschätzen dieser Abtei eine „chartarum et instrumentorum centuria in certos titulos digesta," herausgegeben:[14] der erste unreife Versuch einer systematisch geordneten Zusammenstellung, welchem seit Canciani's Wiederabdruck unter den eigentlichen Formeln[15] der Name formulae Goldastinae zu Theil geworden ist. — Dann, gegen das Ende des siebzehnten Jahrhunderts, ward auf Kosten der Abtei ein Abdruck der „traditiones monasterii S. Galli" veranstaltet, welcher, unvollendet und ohne Titelblatt,

14) Scriptores rerum alemannicarum ex bibliotheca Melchioris Haiminsfeldii Goldasti. Francof 1606. ed. III. 661. III. cura Senkenberg. 1730. fol. Tom. II. Pars I.

15) Leges barbarorum T. II. p. 414—453. In Walter's Corpus iuris germanici sind diese s. g. Goldastinischen Formeln weggelassen.

aus 632 Folioseiten besteht [16]. Früher war nur von zwei existirenden Exemplaren dieses Abdrucks die Rede [17]; später hat Niebuhr aus zuverlässiger Quelle erfahren, daß das Kloster, abgeschreckt durch die fatalen Processe, welche frühere Abdrücke seiner Urkunden dem Kloster Einsiedeln zugezogen, zwar eine Veröffentlichung dieses Buches nicht gewollt, aber doch für den ausschließlichen geheimen Gebrauch seiner Behörden zwölf Abzüge habe anfertigen lassen [18]. Noch existiren zwei Exemplare in S. Gallen (auf dem Archiv und bei der Cantonsregierung), Eines in Bern, Eines in der Bibliothek des Erzherzogs Johann, und Eines, früher dem Amte Wyl gehörig, hat die Bonner Bibliothek zwischen 1824 und 1826 erworben. Ein sechstes, in Merkel's Ausgabe der lex Alamannorum citirtes Exemplar befindet sich in der königl. Bibliothek zu Berlin. Wieder abgedruckt sind einige der älteren Urkunden bei Hergott [19], fast alle, nur leider mit manchen ganz willkürlichen Abkürzungen, bei Neugart; Beide haben auch aus Goldast Einiges entnehmen müssen, was in der gedruckten Samlung fehlt. Eine neue vollständige Vergleichung der Originale, welche von Arx, der verdiente Historiker S. Gallens, vollendet hat, ist nach dessen Tode an Hr. von Lasberg, und von diesem in die Fürstenberg'sche Bibliothek zu Donaueschingen gekommen. Ueberdies haben wir neuerdings eine Sam-

---

16) Die letzte Urkunde, vom J. 1361, bricht bei den Worten „git Hans" ab, und ist nach einer handschriftlichen Ergänzung in dem gleich zu erwähnenden Bonner Exemplar, so zu vervollständigen: „git Hans Köchli in Porterhof 4 ℔ Unschlitt an St. Gallen Abend. Item von dem Zehmten ze übrachen bi Bilingen 3 Vtl. Kernen. Item von des Hofen Akker bi Winterthur 4. den. Item von dem Akker bi dem Kalchofen zu Sulgen 6. den. Finis."

17) Dümge und Mone im Archiv der Gesellschaft für ält. deutsche Geschichtskunde Bd. I. 1819 S. 238. 239.

18) Später scheint doch auch Neugart, der verdiente Benedictiner von S. Blasien, ein Exemplar zum eigenen Gebrauch erhalten zu haben. s. dessen Vorrede zu seinem Codex diplomaticus alemanniae et burgundiae transiuranae intra fines dioecesis Constantiensis. 1791. 1795. II Voll. 4°.

19) Marq. Hergott genealogia diplomatica gentis Habsburgicae. Viennae 1737 fol.

lung ungedruckter eigentlicher Formeln aus S. Gallen durch Rozière[20] kennen lernen, von dem wir auch eine vollständige Herausgabe aller Formelsamlungen erhalten sollen[21].

II. Die schriftlichen Stipulationen.

Es ist jetzt als ausgemacht anzusehen, daß die Theorie des römischen Civilrechts auch in der spätesten Zeit an der mündlich geschlossenen Stipulation als dem Normaltypus des Vertrages festgehalten hat, und daß die in der Praxis so häufig gewordenen Stipulationsurkunden theoretisch für nichts weiter galten, als für vollgültige Beweise einer wirklich in legaler Form geschlossenen Stipulation[22]. Sie galten nicht mehr, als etwa die Traditionsurkunden[23], oder die schriftlichen Wiederholungen eines geleisteten Eides[24].

20) Formules inédites publiées d'après un manuscrit de la bibliothèque de Saint Gall, par M. Eugène de Rozière. Paris 1853.

21) Im J. 1844 war bereits eine revidirte Ausgabe der Mabillon'schen Formeln von Angers, nach der Weingarten-Fuldaer Hds. und im J. 1851 eine Ergänzung der s. g. alsatischen Formeln nach einer Strasburger Hds. durch Rozière veranstaltet worden; im J. 1858 sind einige ungedruckte von Rockinger copirte Stücke, nach einer Münchner Hds. aus Tegernsee, hinzugekommen. Revue historique de droit français et étranger. 1858. Livraison I pag. 74—84.

22) Rud. Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten und der querela non numeratae pecuniae. 1858 § 6. 7. — Vor allem galt diese Regel wohl für die Bürgschaft. § 8. Inst. de Fideiuss. (3, 20). fr. 68 § 1 de Fideiussor. (46, 1.)

23) Fragm. Vat. § 314: „In filium a patre donationum conscriptis instrumentis, eum in uacuam inductum possessionem horum lectio manifestat." — Das Folgende scheint mir so emendirt werden zu müssen: „Ceterum super (statt sine) dubia facti quaestione (vgl. § 312) diuus Titus Antoninus, parens noster, necessariis angustiis (statt angustis) ratione eius consortii, quod a (statt quod) nascendi tempore liberis et parentibus datur, cogitatis (statt cogitans), non admitti scrupulosam inquisitionem statuit" u. s. w.

24) s. meine Abhandlung über die schriftliche Eidesleistung, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. XIV Num. 1. Bd. XV S. 383. 384.

Aber die Praxis wußte sich diese Theorie bequem zu machen, indem sie auf die Stipulationsurkunde die Präsumtion gründete, daß die geschriebene Formel auch gehörig gesprochen sein werde; ja die Präsumtion ward zur bedingten Fiction, als Justinian sogar den Gegenbeweis des Alibi nur noch für den Fall gestattete, wenn eine Partei ihre Abwesenheit von dem Orte der angeblich geschlossenen Stipulation während des ganzen in der Urkunde angegebenen Tages nachweisen könne[25].

Wie aber verhielten sich die Provinzialen zu dieser Contractsform?

So lange die Bevölkerung der römischen Provinzen meist aus Peregrinen bestand, konnte ihnen der Mitgebrauch der Stipulationen zwar gestattet, aber doch nicht aufgenöthiget werden; es war nicht mehr als billig, ihre besonderen Contractsformen gleichfalls gelten zu lassen, namentlich auch die schriftlichen Versprechungen (syngraphae) als klagbar zu behandeln[26]. Als aber fast alle Provinzialen durch Caracalla das Bürgerrecht erhielten, konten sie eine Befreiung von dem Erfordernis der Stipulation nur entweder als Privilegium, oder als Abusus in Anspruch nehmen. Von dem ersteren ist nirgend die Rede; zu dem zweiten dagegen waren die schon in Rom so lange üblich gewesenen Stipulationsurkunden leicht zu benutzen. Die Worte stipulatus est, spopondit u. s. w. wurden gedankenlos in die Urkunde eingeschaltet; ihre wahre Bedeutung aber ward so

---

25) const. 14 § 2 de Contrah. Stip. (8, 38). § 12 Inst. de Inutil. stip. (3, 19). Gneist die formellen Verträge des neueren Obligationenrechts. 1845. S. 243—265. — Eine unbedingte Fiction der mündlichen Rede ward wohl nur bei der Freilassung in Gestalt der legis actio zugelassen. s. fr. 23 de Manum. uindicta (40, 2): Manumissio per lictores hodie domino tacente expediri solet, et uerba solemnia, licet non dicantur, ut dicta accipiuntur.

26) Vgl. Gaius III, 93. 134. — Ueber das ius dicere ex syngrapha und die partiellen Beschränkungen dieser Rechtspflege zur Zeit des Cicero, s. Gneist die formellen Verträge 1845. S. 482—508. Schlesinger S. 71.

sehr vergessen, daß wir gar bald dem „stipulatus est“ auch als Worten des Schuldners in Urkunden begegnen[27].

So stand es wenigstens im abendländischen Reiche zur Zeit seiner Auflösung[28]. Die westgotische interpretatio hat freilich die Beschreibung der Stipulation, welche sie bei Paulus einmal gefunden hatte, sogar zweimal wieder gegeben[29]; aber auch dies schon darf als Beweis gelten, daß man das Geschäft aus dem wirklichen Leben nicht mehr recht kante. Auch wird die Wirkung derselben in der ersten Stelle nur in die Entbehrlichkeit der Schrift gesetzt[30], und in der zweiten wird die Stipulationsurkunde, welche bei Paulus nur die Erzählung des vorausgegangenen mündlichen Versprechens enthalten sollte (si scriptum fuerit instrumento, promisisse aliquem), zu einem einfachen Rückgabeversprechen gemacht, und daraus eine directe Verpflichtung zur Rückgabe abgeleitet:

> si scribat aliquis, se quamcumque summam redditurum . . . ideo ad redhibitionem secundum scripturae ordinem retinetur.

So wird auch zu Paulus II, 14 § 1 zwar der römische Grundsatz wiederholt, daß das Zinsversprechen ohne Stipulation nicht klagbar sei; daß aber auch hier nur an die schriftliche Stipulation gedacht wurde, zeigt die Erklärung des pactum durch cautio[31],

---

27) Mitunter sagt der Versprechende: stipulatus sum et spopondi, z. B. form. Visigot. 6. 7. 24. 36. 38. 41.

28) Im Orient erklärte, gegen 890, Kaiser Leo der Weise es für eine überflüssige Formalität, wenn man bei Schenkungen über 500 solidi eine gerichtliche Insinuation fordere; jede schriftliche, durch Zeugen gehörig beglaubte Urkunde müsse genügen. Aber für geringere Schenkungen sollte schon der mündliche Vertrag in Gegenwart dreier Zeugen ausreichen. Nouella Leonis 50. vgl. dessen Nouella 72, unten S. 218.

29) Zu Pauli Sentent. II, 3 § 1. V, 8 § 2.

30) Qui quum se hac responsione obligauerit, ad solutionem etiam sine scriptura poterit retineri.

31) Pactum nudum dicitur, si cautio creditori a debitore, in qua centesimam se soluturum promisit, sine stipulatione fiat. Et ideo usurae ex nuda cautione creditori penitus non debentur.

in welchen Begrif jetzt alle Verträge, Stipulationen wie pacta, aufgingen[32]. Die herkömmlichen Worte: stipulatione subnixa (subnexa, adnixa, inserta, interposita)[33] wurden so sehr zu einem typischen Bestandtheil der schriftlichen Urkunde, daß sie auch für eine Bestärkung der Testamente galten, und daß selbst die bloße Unterschrift, sogar die der Zeugen, als stipulatio bezeichnet wurde[34]. Mit einem Worte: alle schriftlichen Bestärkungsformeln der Rechtsgeschäfte konten jetzt stipulatio genant werden.

So findet denn die Stipulation auch bei Isidor ihren Platz nur noch unter den instrumenta legalia[35], und seine Herleitung ihres Namens von dem Gebrauch der Kerbhölzer beweiset, daß ihm die lebendige Anschauung der römischen Rechtsform eben so sehr abhanden gekommen war, als dem Verfasser der rhätischen (s. g. udineser) lex romana, der sie von dem Halmwurf ableiten wollte[36].

Hieraus erklärt sich denn auch die Art, wie in einigen besonderen Fällen die formelle Entbehrlichkeit der Schriftlichkeit hervorgehoben, und nur ihre Nützlichkeit geltend gemacht wird; nämlich bei den römischen oder den ihnen später gleichgeachteten Consensualcon-

---

32) So z. B. zu Paulus V, 9 (10) § 1: si caueat, id est cautione promittat. V, 11 (12) § 2: probatio non in iure aut in scriptura constat u. a. m.

33) Unter anderen sind zu vergleichen: Formulae Marculfi II, 18. 19. 22—24. 37. Appendix 50—55. Sirmondinae s. formulae secundum legem romanam 1. 4. 7. 12. 14. 18. 25. 39. Baluzianae 27. 28. Mabilloni s. Andegauenses 55. Lindenbrogii 17. 19. 20. 26. 58. 78. 95. 127. 152. Goldastinae 17. 18. 36—51. 54 ff. Wisigoticae 33. 44. 45. Neugart codex diplom. Aleman. fast in allen Urkunden: ferner Urkunden bei Savigny Gesch. d. röm. R. II, 188. 242. — Als besondere Verstärkung gelten wohl noch die Worte: omni stipulatione interposita.

34) Stipulatione subnexa idoneorum testium, und: stipulatione nostra subscripta. s. Ducange s. v. stipulatio.

35) Isidor. origg. V, 24 fi. — Auffallender bleibt es, daß Isidor sogar aus der nuncupatio ein Stück des schriftlichen Testaments machen konte! Man sieht mit welcher Vorsicht seine Ueberlieferungen aufzunehmen sind.

36) Epitome S. Galli zu Paulus II, 3, bei Hänel S. 357. Savigny Geschichte des röm. R. im Mittelalter Th. II. S. 242. 243.

tracten[37]. So in den neu entdeckten westgotischen Formeln[38] der Kauf und der ihm gleichgestellte Tausch[39], während das bairische Recht zwar auch die Gleichstellung von Tausch und Kauf ausgesprochen, jedoch für beide die Anwendung von Zeugen oder Schrift verordnet hatte[40].

So war dem dringenden Bedürfnis einer gemeinsamen Contractsform für Römer und Germanen abgeholfen: den Germanen genügte die Schrift, die Römer mußten sich mit dem Surrogat der mündlichen Stipulation behelfen, an deren reellen Gebrauch die damalige germanische Welt so wenig zu gewöhnen war, als die heutige.

III. Mitunterschrift consentirender Zeugen.

Glaubte man, wie eben bemerkt, die Stipulationsform auf Testamente anwenden zu können, so lag es den germanischen Anschauungen noch viel näher, die Mitunterschrift der Zeugen auch als ein Bekräftigungsmittel der Verträge zu behandeln. Diese Meinung spricht sich denn auch in der That in vielen, besonders in fränkischen Formeln aus; namentlich auch bei denjenigen Schenkungen, welche in den Städten, die noch ihre römische Municipalverfassung bewahrt hatten, wie z. B. Tours, Angers und Clermont (Auvergne) vor den „boni homines" der Curie insinuirt zu werden pflegten. Aber auch außerhalb dieser Bezirke finden sich bekräftigende Zeugenunterschriften[41]. Die gewöhnliche Formel lautete: „bonorum hominum manibus roborari"[42].

---

37) z. B. form. Marculfi II, 19.

38) Form. Visigot. 27. 28.

39) Reccaredi antiqua tit. 393. Isidor. origg. V, 24 med.

40) Lex Baiuuar. XV, 8. 12. vgl. Marculfi appendix c. 14.

41) z. B. form. Visigot: „testibus pari uoluntate pro firmitate suscribendum tradidimus."

42) Form. Sirmond. 18. 19. 20. 29. 46. Lindenbrog. 18. 50. 152. u. a.

IV. Duplae stipulatio, aquiliana stipulatio und lex aquilia.

Die hier in Betracht kommenden Ausdrücke der Urkunden und Formeln sind folgende:

A. *Dupli poena* und *duplae stipulatio.*

Die Androhung der Strafe doppelter Zahlung für Alle, die dem Rechtsgeschäft zuwider handeln, oder dasselbe nicht anerkennen würden, ist eine der allerhäufigsten Clauseln in den Urkunden jener Zeit[43]; aber auch die Zusicherung doppelter Strafgelder in Stipulationsform findet sich noch sehr häufig[44]. Schon Paulus hatte Strafclauseln dieser Art für wichtiger erklärt, als die aquiliana stipulatio[45]; und Diocletian und Maximian bezeichnen sie kurzweg mit den Worten: stipulatio si contra fecerit[46], die auch in den Urkunden des sechsten bis neunten Jahrhunderts noch vielfach durchklingen. Denn fast alle diese Urkunden enthalten eine Schlußclausel, die mit den Worten sane si quis, si quis uero u. dgl. beginnt[47], und auch der Worte: „et haec epistola, (donatio u. s. w.) firma permaneat," nicht leicht vergißt, damit die Strafe den Schein eines bloßen Reugeldes nicht annehmen könne.

B. *Aquiliana stipulatio:*

1. Eine wechselseitige Schenkung unter Ehegatten schließt mit den

---

43) z. B. Form. Sirmond. 13. (Canciani III, 440.) Marculfi II, 17—20 (Canciani II, 234. 235.) —

44) Savigny Gesch. des RR. II, 188. 189. 233.

45) Pauli Sent. I, 1 § 3: Pacto conuento aquiliana stipulatio subiici solet: sed consultius est, huic poenam quoque subiungere, quia rescisso quoquo modo pacto poena ex stipulatu repeti potest. vgl. c. 3. 4. 17. 32. de Transact. (2, 4).

46) const. 17 de Transactionibus: „si quidem . . . manente transactionis placito statim stipulatione si contra fecerit prospexisti" rell.

47) So schon die ältesten Formeln aus Auvergne, welche Baluze herausgegeben (Canciani III, 465. 466).

Worten: „hae epistolae contulitionis cum stipulatione aquiliana, nostris uel bonorum hominum manibus roboratae, firmae permaneant“[48].

C. *Aquilianae legis stipulatio:*

1. Et si quis, quod non credimus, aliquis alequando de heredis nostros contra hunc pactum ire, au temtare au inrompere uoluerit, soluat iudici auri lieras IIII. et cartola ista sua opteniat firmitatem aquiliani arcacani leias stibolationis, quia omnium cartarum accomodat firmitatem[49].
2. Et si quis, cot non credimus, aliquis alequando de heretis meus contra hunc factu . . . ire, temtare aut inrompere uoluerit, sead escomunicados de sancta aecclesia et solua iudici ari liueras II et cartola donationis sua optenia firmitatem Aquilianis Arcatianis leges estibulationis, quia omnium cartarum adcommoda firmitatem[50].

D. *Legis aquiliae stipulatio*:

1. Et si quis, quod fieri non credimus, si aliquis aliquando contra hunc strumentum ire, temtare aut inrumpere uoluerit, persoluat duplum solum cum casas, et iudici culpabilis auri uncias VI, et quod repetit, nihil ualeat uindicare, aquiliae et archadiae legis stibulatione subnixa, qui omnium cartarum adcommodat firmitatem[51].

E. *Legis stipulatio:*

1. Et si quis etc. . . . uoluerit, soluat iudici publico du-

---

48) Formulae Sirmondicae s. ad legem romanam num. 17. (Canciani III, 441.)

49) Urkunde aus Gebhartsweiler vom J. 744 oder 745, in Neugart codex diplomaticus alemanniae num. XIV., aus den traditiones S. Gallenses pag. 3.

50) Eben daher, von demselben Jahre, Neugart num. XV aus den traditiones S. Galli pag. 9, auch unter Goldast's Formeln num. 35 (Canciani II, 430). s. unten zu Note 105.

51) Kaufbrief aus S. Gallen vom J. 846, formul. Goldasti 31 (Canciani II, 429).

blam terram, et cartula ista firma permaneat legis stipulatione subnixa, qui omnium cartarum adcommodat firmitatem [52].

F. *Aquiliana lex* ohne Zusatz:

1. Aquilianae neruianaeque legum uigore subiungenti, sed et stipulationis ualeditate legitima sollemnitate[m] adiicienti [53].
2. aquilianae legis innodatione subinterfixa [54].
3. aquilianam commemorans legem, qui omnium scripturarum plenissimam tribuet firmitatem [55].
4. haec uoluntas nostra cum manus nostras roboratas omni tempore cum lege aquiliani non dibeat esse inconuulsa [56].

G. *Aquilia lex* ohne Zusatz:

1. aquiliam commemorans legem, qui omnium scripturarum suo uigore iugiter corroborat actus [57].
2. Post certe aquiliam memini contexere legem,
   Qui cunctos rerum iugiter corroborat actus [58].

H. *Multa legis, lex:*

1. 2. et insuper multa legis damnum incurrat [59].
3. quidquid lex de tali causa edocet, emendare studeat [60].
4. in quantum lex praestat, hoc emendare stodeat [61].

Lassen wir die ganz unerklärte neruiana lex (F, 1) und

---

52) Ebendaher aus derselben Zeit, Goldast num. 30.

53) Ravennatische Urkunde vom J. 551, bei Marini papiri ravennati num. 119. Savigny Gesch. d. RR. II, 194.

54) Westgotische Formelsammlung num. 6.

55) Ebenda num. 7.

56) Form. Mabilloni s. Andegauenses num. 36 (Canciani III, 476).

57) Formul. Visigot. 1.

58) Metrische westgotische Formel num. 20, aus der Regierungszeit des Königs Sisebut (612—621).

59) Form. Andecauens. s. Mabill. 8. 20 (Canc. III, 471. 473).

60) Ibid. num. 24.

61) Ibid. num. 49.

einstweilen auch die lex arcacani, arcatiani, archadia (C, 1. 2. D, 1.) bei Seite, so bleibt uns offenbar in allen diesen Stellen nur eine und dieselbe lex, welcher eine generelle Bekräftigungsgabe für alle Urkunden zugeschrieben wird (C, 1. 2. D, 1. E, 1. F, 3. 4. G, 1. 2.). Und dies kan keine aquiliana lex gewesen sein, weil wir von einer solchen, wenn sie existirt hätte, mehr wissen müßten, als was in diesen späten Urkunden von ihr gesagt wird; es bleibt uns also keine „lex" als die lex aquilia. Eben so wenig dürfen wir alle diese Formeln auf die aquiliana stipulatio zurückführen, theils weil die Erwähnung der lex bei weitem überwiegt, theils weil das älteste Zeugnis, die ravennatische Urkunde von 551 (F, 1) sehr deutlich von zwei verschiedenen Dingen redet: von dem uigor legis und der stipulationis ualiditas. Die nur einmalige, ganz unumwundene Erwähnung jener Stipulation (B, 1) kan demnach nur einem Misverständnis zugeschrieben werden[62], während andererseits die regelmäßig erwähnte stipulatio legis nur von einer gesetzlichen Bekräftigungsformel zu verstehen ist, die denn eben deßhalb auch in sechs Stellen (F, 1. 2. 3. 4. G, 1. 2.) schon in einer bloßen Erwähnung (commemoratio) des Gesetzes enthalten sein sollte.

Indessen bedarf diese Ansicht doch nach beiden Seiten hin noch einer genaueren Begründung. Denn einerseits steht es freilich fest, daß der Gebrauch der aquiliana stipulatio in Rom in späterer Zeit bei liberatorischen Verträgen sehr gewöhnlich war[63], namentlich in Verbindung mit schriftlicher Aufzeichnung[64], und daß sie als ein sehr wirksames Bestärkungsmittel empfohlen wurde:

---

62) Auch Biedenweg (oben Note 5.) S. 9. 10. hat bereits die von Savigny II, 194 versuchte Beziehung der Stellen auf die aquiliana stipulatio bestritten.

63) s. oben Note 45.

64) const. 15 Iust. Cod. de Transact. (2, 4). Consult. Vet. ICti tit. IX c. 7 (im restituirten Gregorianus codex I, 2 c. 12). Const. 2 Theod. de Pactis et transact. 2, 9 (oder const. 40 Iust. de Transact. 2, 4). Für den häufigen schriftlichen Gebrauch der aquiliana stipulatio spricht nament-

const. 2 Theod. de Pactis et transact. (2, 9) a. 381: Vbi pactum conscriptum est, atque aquilianae stipulationis uinculis firmitas iuris innexa, aut gestis secundum legem adcommodandus est consensus, aut poena quae data cum his probabuntur, ante cognitionem causae inferenda est [65].

Aber nach der bekannten Formel dieser Stipulation [66] war doch ein Uebertragen derselben von liberatorischen auf obligatorische oder andere Rechtsgeschäfte mit positivem Inhalt ganz unmöglich, so lange man noch irgend ein Bewußtsein von der Bedeutung des Actes bewahrte; und die auffallende Aehnlichkeit der Redewendungen in der so eben erwähnten const. 2 Theod. de Pactis mit denen der oben mitgetheilten Formeln muß als zufällig angesehen werden, da diese Stelle in den westgotischen Auszug des Codex Theodosianus nicht mit übergegangen ist; sie hat sich erst in Peyron's Fragmenten des vollständigen Codex wiedergefunden.

Andererseits liegt aber doch in der zuvor (Note 45) erwähnten Stelle des Paulus ein sicherer Anknüpfungspunct für das Hereinziehen der lex aquilia in die schriftlichen Contracts- und sonstigen Geschäftsformeln. Denn die Conventionalstrafe, deren Einschaltung im Stipulationswege von Paulus angerathen wird, mußte sich am einfachsten der bekannten duplae stipulatio anschließen, die man später fast allein vor Augen gehabt zu haben scheint. Dies ergiebt sich erstens schon daraus, daß die aus dem Paulinischen Titel de stipulationibus (V, 9 oder 10) in das Breviarium hinübergenommenen Stellen nur von der duplae stipulatio reden; ferner daraus, daß man sich der Unanwendbarkeit

---

lich auch die besondere Abbreviatur derselben in Magno's Notensammlung, Gothofred's auctores ling. lat. col. 1481.

65) In dieser früheren Gestalt kennen wir die Constitution erst durch Peyron; im justinianischen Codex (c. 40 de Transact.) hat sie mehre Einschaltungen erhalten.

66) §. 2 Inst. Quib. mod. obl. toll. (3, 29). fr. 18 §. 1 de Acceptil. (46, 4).

dieser Conventionalstrafe auf die Schenkung (cessio) erinnerte[67]. Da aber eben diese Strafe doppelter Zahlung auch durch den Richter, als Litiscrescenz, in manchen Fällen verhängt werden konte, zu welchen namentlich auch die lex aquilia gehörte[68], so glaubte man, daß es nur einer ausdrücklichen Erwähnung der lex aquilia bedürfe, um jedem Rechtsgeschäft die poena dupli einzuverleiben. Für diesen Zusammenhang sprechen noch bestimmter folgende Thatsachen:

1. Die Stelle des Paulus, in welcher neben anderen speciellen Fällen der poena dupli auch der besondere Fall der lex aquilia angeführt wird[69], ist schon von der westgotischen interpretatio dahin verändert worden, daß die lex aquilia schließlich als gemeinsame Quelle aller dieser Duplationen bezeichnet ward:

   quae omnia superius comprehensa secundum legem aquiliam duplicantur.

   Die Epitome S. Galli (die rhätische, früher s. g. udineser lex romana) nennt zwar die lex aquilia nicht, dafür aber generalisirt sie den Fall des Ackerverkaufes mit fehlendem Ackermaas, den schon die Interpretatio sich nur als schriftlich geschlossen gedacht hatte[70], zu einem schriftlichen Kaufcontract über alle beliebige Gegenstände:

---

67) Marculf. II, 4: „licet in cessionibus poenam adnecti non sit necesse, sed nobis pro omni firmitate placuit inserendum." Form. Sirm. 36 in fi. (Canciani III, 448): „in cessionibus uero, licet poena non inseratur, mihi tamen pro rei totius firmitate placuit inserendum, ut si ego aut ullus de heredibus meis" rell. Form. Baluz. 29 med. (Canciani III, 458). — Auch über die Anwendbarkeit der Strafandrohungen bei Freilassungen war gestritten worden. Canciani III, 189 Note 3.

68) Rudorff über die Litiscrescenz, in der Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. XIV S. 374—399. Huschke Gaius 1855. S. 112—114.

69) Paulus Sent. I, 19 §. 1: Quaedam actiones, si a reo inficientur, duplantur: uelut indicati, depensi, legati per damnationem relicti, damni iniuria legis aquiliae, item de modo agri, quum a uenditore deceptus est.

70) Ut minus inueniatur, quam probatur scriptum.

„Similiter et ille quicunque homo, qui rem suam uendiderit, et exinde cartam fecerit, si minus dederit, quam in ipsa carta scriptum fuerit, in quantum exinde minus inuenitur, in dublum persoluat.“

2. In dem burgundischen Papianus wird die lex aquilia zweimal als allgemeine Quelle der poena dupli gegen Infitianten bezeichnet: einmal ohne alle Beziehung auf widerrechtliche Körperverletzung, das anderemal wenigstens ohne ausdrückliche Beschränkung auf dieselbe:

Lex romana burgund. tit. XIV in fine: fideiussor post trinam conuentionem dupli redhibitione pro inficiante damnabitur, secundum legem aquiliam, quae negantes debitum dupli satisfactione condemnat. tit. XXVIIII ibid. (von mutwilliger Beschädigung von Pferden): si negauerit, et conuictus fuerit, dupli [componat] secundum legem aquiliam, qua inficiantes duplo tenentur.

Wer diese Generalisirungen der lex aquilia einem bloßen Misverständnisse zuzuschreiben gemeint ist, der wird die Quelle desselben bei Gaius III, 216: „nisi quod ea lege aduersus infitiantem in duplum agitur“ zu suchen haben. Indessen fehlt es nicht an Gegengründen, deren Erörterung einer anderen Abhandlung vorzubehalten ist [71].

Jedenfalls aber dürfen wir die seltsame Vermengung der lex aquilia mit der aquiliana stipulatio für nichts anderes halten, als für ein Misverständnis der römisch-germanischen Notarien; ursprünglich hatte man wirklich bald an das Eine, bald an das Andere gedacht; später wußte Niemand mehr, wovon eigentlich die Rede sei.

Schließlich trage ich denn auch kein Bedenken, die einfachen Erwähnungen einer multa legis, oder des emendare, quid-

71) Sie beruhen hauptsächlich auf Justinian's Novelle 18 c. 8, und auf Gaius IV, 21. 25.

quid lex de tali causa edocet, in quantum lex praestat, (oben H, 1—4) von der lex aquilia zu verstehen. Denn sie finden sich schon in den, überall auf römisches Recht verweisenden Formeln von Angers aus dem sechsten Jahrhundert. Wir werden aber auf diesen Punct noch einmal, bei der lex Alamannorum (unter VI) zurückkommen müssen.

V. Die lex arcadia, die fiscalischen Strafen und die feierlichen Pönalsanctionen.

Den Grund der Einschaltung gewöhnlicher Conventionalstrafen in die Rechtsgeschäfte haben wir schon oben (zur Note 45) erörtert. Unter den zuvor (S. 207 ff.) mitgetheilten Formeln aber befinden sich drei (C, 1. 2. D, 1), welche neben der lex aquilia auch noch einer lex arcadia oder arcadiana — denn dies ist die einzige haltbare Lösung der Worte archadia, arcacani, arcatiani — erwähnen. Gegen die früher von Ducange aufgestellte Meinung, daß darunter die const. 3 Theod. de Testam. (4, 4) zu verstehen sei, hat Savigny[72] vielmehr die const. 3 Theod. de Pactis (2, 9) als die wirklich gemeinte lex nachgewiesen, d. h. eine Verordnung von Arcadius und Honorius vom J. 395[73]. Die Wichtigkeit ihres Inhalts erfordert den vollständigen Abdruck derselben[74]:

Impp. Arcadius et Honorius AA. Rufino Pf.P. Si quis maior annis [uiginti quinque] aduersum pacta uel transactiones, nullo cogentis [cogente] imperio, sed libero arbitrio et uoluntate confecta, putauerit

72) Gesch. des RR. II, 121. — Eine weitere Bestätigung dafür, daß die Formelschreiber die c. 3 de Pactis vor Augen gehabt, liefert form. Mabillon. 19 durch genaue Wiederholung der Textesworte des Gesetzes: „me nullo cogente imperio, sed plenissima uoluntate mea etc."

73) Ueber die Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes, und den wahrscheinlichen Zusammenhang desselben mit dem Despoten Rufinus, liefert Gothofred in seinem Commentar merkwürdige Materialien.

74) Die eingeklammerten Worte sind Zusätze oder Varianten des justinianischen Codex, c. 41 de Transactionibus (2, 4).

esse ueniendum, uel interpellando iudicem, uel supplicando principibus, uel non implendo promissa ea, quae inuocato dei omnipotentis nomine, eo auctore solidauerit, non solum inuratur [notetur] infamia, uerum etiam actione priuatus, restituta poena, quae pactis probatur inserta, earum rerum et proprietate careat et emolumento, quod ex pacto uel transactione illa fuerit consecutus. Quae omnia eorum mox commodo deputabuntur, qui intemerata pacti iura seruauerint. § 1. Eos etiam huius litis [legis] uel iactura dignos iubemus uel munere, qui nomina nostra placitis inserentes, salutem principum confirmationem initarum iurauerint esse pactionum. Dat. V. Id. Oct. Constantinopoli, Olybrio et Probino Coss.

Der Hauptgedanke, den die Kaiser in dieser Verordnung vor Augen hatten, war wohl unstreitig der, daß jeder durch Anrufung Gottes bekräftigte Vertrag keiner anderen Formen zu seiner Gültigkeit bedürfe, also namentlich auch keiner Stipulation; sodann: daß Wortbrüchigkeit in diesem Falle mit Infamie und Zurückgabe des Empfangenen zu bestrafen sei. Die gleichzeitig erwähnte Androhung einer Conventionalstrafe in dem Vertrage ward nicht als ein wesentliches Stück desselben gefordert, sondern nur als üblich vorausgesetzt; von Schriftlichkeit oder Mündlichkeit war gar nicht die Rede. In dem angehängten § 1 könnte man ein absolutes Verbot aller Beteurungen per salutem principis erblicken, wenn nicht das Wort munere denjenigen, die dieser Beteurung treu bleiben würden, dieselben Vortheile verhieße, wie sie bei der Anrufung Gottes verheißen waren. In der Sonderung beider Fälle liegt aber doch immer ein Beweis, daß die Obtestationen per salutem principis nicht mehr als wahre Eide angesehen wurden [75].

---

75) vgl. Jac. Gothofredus zu dieser Stelle S. 135. 136 (ed. Lips. pag. 155).

So aber ist das Gesetz nicht allgemein, weder im Occident noch im Orient, verstanden worden.

1. Die geringsten Abweichungen bietet die westgotische Interpretatio[76]. Sie denkt nur an schriftliche Contracte, und verwandelt den römischen Kaiser in potestates und domini[77]; die Anrufung Gottes und die Erwähnung des Fürsten wirft sie als sacramentum zusammen, ohne sich näher zu erklären, ob dies einen eigentlichen Eid bedeuten solle oder nicht. So konnte denn auch Isidor noch an der altrömischen Bedeutung des Wortes festhalten, obwohl er in seiner Erläuterung auch von Gewissenspflichten redet[78]. Uebrigens erklärt die Interpretatio ausdrücklich, daß auch die Anrufung des Für-

---

76) Si quis post XXV. aetatis suae annum aduersus pactionem uel definitionem suam, quam nulla potestate constrictus emisit, sed uoluntate propria fecisse dignoscitur, aut interpellare iudices aut potestatum animos contra hoc, quod fecit, precibus adire praesumserit aut implere neglexerit ea, quae sub sacramenti interpositione definitionis suae scriptura testatur, non solum ex hoc facto pronuntietur infamis, sed nec causam ipsam agere permittatur, et poenam, quam in pacto constituit, cogatur exsoluere: et quicquid partibus suis per eandem scripturam fuerit deputatum, illis continuo conferatur, qui emissae pactionis definitionem sine aliqua contrarietate seruauerint. Illos quoque praecipimus similis poenae conditione constringi, qui dominorum nomina placitis inserentes, definita implere neglexerint: quod illis pro munere conseruatae pactionis accrescat, qui sacramenta et definita seruauerint.

77) vgl. Bd. II. S. 209 dieser Zeitschrift. Die dort angeführten Beispiele dieses sorgfältig umgeänderten Titels lassen sich auch sonst noch vermehren. Theodorich d. Gr. bezeichnet in einem Briefe an Boethius den Gundibad als burgundionum dominus (Cassiodor. Var. I, 45.). Im Titel I § 1 der lex burgundionum ist die richtige Lesart: munificentia dominantium; die lex salica tit. 1 spricht von leges dominicae.

78) Festus stellt die spätere Bedeutung unter sacramento, die ältere unter sacramentum auf, von dem er sagt: sacramentum aes significat, quod poenae nomine penditur, siue eo quis interrogatur, siue contenditur. Hieraus macht Isidor (origg. V, 24 in fi.): sacramentum est pignus sponsionis, freilich mit dem ganz ungehörigen erläuternden Zusatz: „uocatum autem sacramentum, quia uiolare quod quisque promittit, perfidiae est.“

sten nur an dem Wortbrüchigen gestraft werden solle[79], und die Strafe der Infamie wird in sofern geschärft, als sie in jedem einzelnen Falle vom Richter ausgesprochen werden soll (pronuntietur infamis).

2. Dagegen sind in zwei anderen Wiederholungen der arcadianischen Constitution merkwürdigerweise diese religiosen Bekräftigungen ganz unerwähnt geblieben, so daß nur der angedroheten Geldstrafe und der Infamie gedacht wird: zuerst in der s. g. Consultatio Veteris Iureconsulti[80], dann im burgundischen Papianus[81].

Hiemit stimmen aber auch die schon oben erwähnten drei Urkunden, welche sich ausdrücklich auf die lex arcadiana berufen; sie beginnen zwar sämtlich mit den Worten: „in Christi nomine," verbinden aber mit der Erwähnung des Gesetzes selbst nur die pecuniären Strafandrohungen — die dritte mit Hinzufügung einer fiscalischen, an den iudex zu zahlenden Strafe.

3. Ganz deutlich ergiebt sich eine abweichende — also wohl durch irrige Usualinterpretation des Gesetzes verschuldete — Praxis aus einer byzantinischen Novelle Leo's des Weisen, worin

79) Noch bestimmter wird dies in den Ueberarbeitungen der interpretatio, d. h. in der epitome Monachi und der epitome S. Galli (ed. Hänel pag. 45) gesagt.

80) Consultatio Vet. ICti cap. 1 in fine: „Nam hoc loco theodosiani legem de pactis pro hoc credidi inserendum, quia initium ipsius constitutionis tale est, ut dicat: Si aduersum pacta uel transactiones, quas libero arbitrio et uoluntate confecit, putauerit esse ueniendum, et poenam reddat, et emolumenta perdat, et infamiam incurrat.

81) Lex romana burgund. tit. 38. De pactis et transactionibus. De pactis haec forma seruanda est. Si quis maior aetate paciscatur, conditionibus pacti maneat obligatus; si tamen potestatis suae, hoc est filius familias non est, aut nullo metu aut imperio ad pacta uenire compellitur, sed libera uoluntate pactum iniisse cognoscitur. Quodsi placitorum ordinem adtemptet excedere aut nolit implere, ad solutionem poenae contentae pacto cum emolumenti amissione tenendus est, et infamiae maculam sustinebit, secundum legem theodosiani lib. II sub titulo de pactis et transactionibus.

die gewöhnliche Meinung, daß jeder Vertrag ohne Pönalsanction nur ein pactum nudum sei, verworfen, und im Geiste der lex arcadiana befohlen wird, daß schon das Zeichen des Kreuzes zur Bündigkeit des Vertrages genügen solle. Die Stelle lautet in unseren neueren lateinischen Ausgaben so:

Const. LXXII. Vt pacta etiam non constituta poena ualeant ... Legali decreto, quod nudum pactum non actionem, sed solum exceptionem parere tradit, nonnullos illudere uidemus. Dum enim omne pactum, quod poena stabilitum non est, nudum esse uolunt: etiamsi scripto comprehensum sit pactum, etiamsi, qui pactum inierunt, sua manu sacrosanctae crucis nota scriptum signarint[82], etiamsi diuini ternionis appellationes adiectae sint: si tamen poena constituta non sit, id ut inualidum contemnunt ac reiiciunt. Qui sane male sentiunt, minimeque iudicium suum comprobant, ut qui rebus diuinis communes res mortalium longe praeferendas censeant. Quam enim tantam, recto quidem hominum iudicio, adiectio poenae pactis auctoritatem, quantam sacrosanctum signum, et beatae diuinitatis nominatio in illis conspecta praebeat? Sancimus igitur, ut omne pactum, in quo ex diuinis hisce adiumentis idoneum aliquid ad faciendam fidem insit, quamuis de poena nihil scriptum sit, firmum solidumque robur habeat.

---

82) Den subsidiären Gebrauch des Kreuzeszeichens hatte schon Justinian (const. 22 § 2 de dure Delib. 6, 32) den Schriftunkundigen in einem ganz speciellen Falle vorgeschrieben; hernach aber (Nouell. 73 c. 8) hat er eine sehr nahe liegende weitere Ausdehnung dieses Gebrauchs unterlassen, und in einem dritten Falle sogar den Misbrauch rügen müssen, daß man noch mit der Hand einer Leiche ein Kreuz zu zeichnen versucht habe. Nouell. 90 praef. — Charakteristisch für Justinian's spätere Anschauungen bleibt auch die Thatsache, daß er bei der Schiedsrichterwahl das eidliche Compromiß verboten und nur die einfache Conventionalstrafe gestattet hat. Nouell. 82 c. 11.

Alle diese Umstände sind aber doch für sich allein nicht genügend, um die Abweichungen von der lex arcadiana sämtlich zu erklären, denen wir in den Urkunden und Formeln selber begegnen; sie kommen zum Theil auch auf Rechnung der Nationalconcilien und der verschiedenen germanischen Volksrechte.

I. Die geringsten Abweichungen ergeben wiederum die westgotischen Formeln. In ihnen begegnet uns viermal eine combinirte Anrufung Gottes und der westgotischen Könige[83], sehr oft enthalten sie eine kurze Clausel wie: quod etiam iuratione confirmo u. s. w.[84]; mitunter werden aber auch Verwünschungsformeln substituirt oder hinzugefügt, welche dann zugleich gegen den Eingrif jedes Dritten gerichtet sind[85]. Die lex arcadiana hatte davon gar nichts gewußt; die von ihr vorausgesetzten Obtestationen sind hier zu Detestationen geworden[86].

---

83) Form. Visigot. 5. 20. 34. 36. Die metrische Formel (num. 20) giebt dieser Anrufung folgende Wendung:

Eternum tamen ut habeat haec carta uigorem,
Ecce sacramentum malui conectere magnum,
Siderea praecelsa dei uirtute tonantis,
Principis ac domini Sisebuti gloria nostri,
Meque meum nunquam hunc penitus disrumpere pactum,
Nec nostris aditum manebit heredibus ullum.

84) Form. Visigot. 5. 8. 11. 15. 23. 27. 29. 31. 32. 36. 37. 38. Von einer coniuratio ist form. 35 die Rede, was aber wohl eben so wenig einen wahren Eid bedeuten sollte, als die Ausdrücke der lex arcadiana selber. Die früher von mir behauptete Seltenheit wahrer schriftlicher Eide in dieser früheren Zeit (Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. XIV. 1848. S. 17 ff.) wird also durch diese Formeln nicht widerlegt. Die neuesten Bearbeiter des Eidesrechts sind leider auf diese Frage gar nicht eingegangen, denn sie haben nicht etwa blos meine Abhandlung, sondern den schriftlichen Eid überhaupt ignorirt.

85) Form. Visigot. 1. 5. 6. 7. 45.

86) Paulus Diaconus ex Festo: obtestatio est, quum deus testis in meliorem partem uocatur, detestatio quum in deteriorem. — Die Sanctionen der Rechtsgeschäfte nähern sich in diesem Puncte etwas den alten feierlichen Gesetzessanctionen. fr. 41 de Poenis (48, 19).

II. Auch in der fränkischen Praxis mag die Beteurung bei dem Namen des Königs nicht ganz unbekant gewesen sein, da Karl d. Gr. es für nöthig hielt, dieselbe ausdrücklich zu verbieten [87]; doch haben sie sich auch in den älteren Formeln nicht erhalten, wie sich denn auch von eigentlichen Eiden nur ein Beispiel in der unkritisch zusammengewürfelten Sammlung von Baluzius findet [88]. Daß die sehr gewöhnliche Einleitungsformel: „in dei nomine“ nicht mit der lex arcadiana zusammenhängt, muß schon daraus gefolgert werden, daß sie meist schon mit dem Namen des Urhebers des Rechtsgeschäfts verbunden erscheint.

Desto häufiger wiederholen sich in diesen fränkischen Formeln die religiosen Verwünschungen und kirchlichen Excommunicationen, mit denen den Parteien, ihren Erben und jedem Dritten, der den Erfolg des Geschäfts stören werde, gedrohet wurde; und diese Schutzwaffen wurden gewiß direct von der Kirche entlehnt, die schon im sechsten Jahrhunderte das Beispiel gegeben hatte, sich mit solchen Drohungen im Besitz der ihr geschenkten Güter zu behaupten [89]. Selten begnügt sich der Formulist mit dem einfachen: „anathema sit,“ es kommen meist wortreiche Wendungen im Geiste der Synodalschlüsse hinzu [90], oder es werden auch jene beiden Worte ganz weggelassen [91]. Namentlich muß hier einer Wendung gedacht werden, die sich schon bei Mabillon in den sehr alten, überall an das römische Recht anknüpfenden Formeln von Angers

---

87) Capitulare a. 789 cap. 10 (Pertz legg. I, 68): istas coniurationes, quas faciunt per sanctum Stephanum, aut per nos uel filios nostros, prohibemus.

88) Form. Baluziana 31 (Canciani III, 458).

89) Concil. Aruernense a. 535. can. 5. Aurelianense IV a. 541, can. 25 (Sirmond. concil. Gall. I, 265). Parisiense III a. 557 can. 1. 2. (Sirmond. I, 314). Turonense II a. 567 can. 24. 25. (Sirm. I, 341).

90) Marculf. II, 1. 4.

91) Marculf. II, 3. 6. 17. 32. 39. Lindenbrog. 18. 57. 75. Baluz. 28. 38.

findet, und der wir sogar in den alemannischen Gesetzen wiederbegegnen. Sie lautet:

„in primitus dei incurrat iudicium [92]."

Dabei ist nicht zu übersehen, daß diese Drohungen hier keineswegs auf die der Kirche bestimmten Schenkungen beschränkt bleiben; auch unter anderen Parteien, und bei Rechtsgeschäften aller Art: Testamenten, Contracten, Freilassungen wurden dieselben gleichmäßig eingeschaltet [93].

Dazu kam aber in den fränkischen Formeln noch ein zweites, dem römischen Rechte ganz unbekantes Bekräftigungsmittel: die Androhung einer fiscalischen Strafe. Der Fiscus, der iudex [94], einmal auch der actor ecclesiae [95], sollte diese Strafe bald als socius der verletzten Partei [96], bald auch unabhängig von derselben [97] eintreiben.

Dieses Schutzmittel war unstreitig germanischen Ursprungs; denn auch die Römer, denen die Hülfe eigener Richter nicht mehr zu Gebote stand, konnten sich den fiscalischen Strafgeldern (pro fredo u. dgl.) nicht entziehen, durch welche der Schutz der germanischen Obrigkeit bedingt war [98]. Man sicherte dem Richter zum

92) Form. Andecauens. Mabill. 20. 23. 57, und mit unwesentlichen Modificationen: 48. Bei Baluze 33 heißt es: „in primis sciat se a deo damnandum," und bei Mabillon 45: „prius a communione ecclesiae catholicae sit pulsatus."

93) Form. Visigot. 5. 6. 7. Mabill. 20. 23. 48. 57. Marculf II, 32. Lindenbr. 57. 75.

94) una cum iudice: Mabill. 56.

95) tibi et agenti sancti illius: Mabill. 57.

96) tibi et fisco: Mabill. 2. 3. 5. 9. 53. sociante fisco, una cum fisco socio: Mabill. 36. 45. Sirmond. 4. 39. Baluz. 27. 29. Lindenbr. 17. Marculf. II, 1. Marculf. append. 13. 14. 16. 17. 18. 23. 26. 27. 35. 36. 37. 39. 47. 48. 51. sociato sacratissimo fisco: Marculf. II, 3. cum cogente fisco: Marculf. II, 4. 6. 7. 11. 22. 32. 36.

97) fisco discutiente: Bignon. 1. 2. 7. 8. insuper fisco: Marculf. II, 17. 24. Lindenbr. 58. 82.

98) pars mulctae regi aut ciuitati. Tacit. Germ. c. 12. vgl. Merkel's Ausg. der lex Alamannorum p. 45 not. 6.

voraus die Wetten oder Friedegelder, welche, wie das altrömische sacramentum[99], zugleich die Gerichtsgebühren ersetzen sollten.

III. Noch merkwürdiger erscheint aber die Art, wie die alemannischen Urkunden und Formeln diese germanischen Bestärkungsmittel mit den römischen verschmolzen haben. Wir finden hier, neben der duplae stipulatio (S. 207) und den Berufungen auf die lex aquilia, auf die aquiliana stipulatio, die lex arcadia (S. 208. 9) einige Male auch wohl kirchliche Verwünschungen, meistens aber doch nur pecuniäre Strafandrohungen zu Gunsten des Fiscus[100], des aerarium regis[101], des iudex[102], diese jedoch mit eigenthümlichen nationalen Zusätzen.

Die vereinzelten kirchlichen Drohungen sind unverkennbar aus fränkischen Vorbildern entlehnt, wie denn namentlich das in primis oder primitus iram dei incurrat auch in S. Galler Urkunden, einmal zwischen 680 und 690[103], dann in den J. 760 und 878[104] wiederkehrt. Eine vierte Urkunde aus der Mitte

99) Gaius institt. IV, 13.

100) fiscus oder fiscus regis: Goldast num. 13. 15. 16. 32. 33. 36. 38. 39. 42—46. 49. 50. 60—65. 75. 77. (Neugart hat diese Formeln oft sehr willkürlich abgekürzt). form. Salom. pag. 82 (Alsat. 1). — cum fisco socio u. dgl.: Goldast 37. 47. 48. 51. 58. 81. 83.

101) aerarium regis: Goldast 16. 54. 55. 56. 63. 65. 75. 84.

102) iudex: Goldast 13. 32. 33. oben S. 208, D, 1.

103) Trad. S. Galli p. 2 (Neugart num. 4): Si quis uero, quod fieri non credo, si ego ipse, aut ullus de heredibus meis contra hanc donationem uenire aut agere conauerit, in primis dei iram incurrat, et communi corpore uel sacerdotio extraneus sit, et cum fisco auri libras II argenti III componat. Eine Weissenburger Urkunde von 690 (Zeuss tradit. Wizenburg. num. 39) habe ich nicht vergleichen können.

104) Tradit. S. Galli p. 15 (Neugart num. 26): in primis iram dei et sanctorum omnium ... incurrat. Trad. S. Galli pag. 344 (verstümmelt bei Neugart num. 512): primitus iram dei incurrat, deinde ad aerarium regis ea componat, quae in lege alamannorum continentur; et haec carta firma permaneat cum stipulatione subnixa.

des achten Jahrhunderts lautet kürzer: sead (d. h. sciat, s. Note 92) escomunicad-os de sancta aecclesia[105].

Dagegen enthalten bei weitem die meisten dieser alemannischen Urkunden eine regelmäßige Berufung auf die lex alamannorum, und zwar auf die darin angedrohete Geldstrafe, multa, während die römisch-fränkischen Urkunden bei der multa legis nur an die lex aquilia gedacht hatten[106]; und sehr häufig wird diese fiscalische Geldstrafe in Gold und Silber zugleich bestimmt[107]. Jene Berufungen lauten, mit geringen Modificationen, in folgender Weise:

illa (multa) componat, quae (oder sicut) in lege alamannorum continetur[108],

ad aerarium regis (multam) quae in lege alam. continetur, coactus persoluat[109],

ad aerarium regis secundum legem alam. componat[110],

ad monasterium reuertatur secundum leg. alam.[111],

legalia damna, sicut in lege scriptum est[112],

cum damnatione hominis illius, qui eam malo ordine peruertere uoluit ... secundum leges alamannorum subsecuta[113].

Durch Merkel's Ausgabe sind wir in Stand gesetzt, den Zusammenhang dieser Verweisungen mit den Bestimmungen des Gesetzes selbst genauer verfolgen zu können. Diese letzteren betreffen

---

105) Trad. S. Galli p. 9. (Neugart n. 15), oben S. 208, C, 2.

106) oben S. 209 lit. H. und S. 213. 214.

107) Trad. S. Galli pag. 4. 5. 6. 15. (Neugart num. 10. 11. 12. 26.) pag. 88.

108) Trad. S. Galli p. 113. 209. 214. 222. 228. 243. 248. 280. 303. 338. 344. Form. Isonis, bei Goldast Num. 34.

109) Ibid. p. 215. 399. 419.

110) Ibid. p. 441.

111) Diese wohl nur unvollständig abgedruckte Wendung findet sich Trad. S. Galli pag. 292, vom J. 867.

112) Trad. S. Galli p. 212, vom J. 838, verstümmelt bei Neugart Num. 289.

113) Urkunde aus Schaffhausen vom J. 1083, bei Neugart Num. 825.

zwar nur die Schenkungen an die Kirche, sind aber in Ansehung dieser öfter geändert worden.

Schon die Redaction König Lothar's II., zwischen 613 und 622[114], enthält im §. 2 des ersten Titels über gehörig vollzogene Schenkungen ad ecclesiam folgende Vorschrift[115]:

„Et si aliqua persona, aut ipse qui dedit, uel aliquis de heredibus eius, posthaec de ipsas res de illa ecclesia abstrahere uoluerit, uel aliquis homo, qualiscumque persona, hoc praesumpserit facere, effectum quod inchoauit, non obtineat, et multa illa, qui carta contenit, persoluat, et res illas ex integro reddat, et frido in puplico soluat sicut lex habet."

Hiezu hat die Revision unter Herzog Lantfried (709—730), welche aus dieser Stelle schon ein einleitendes, dem Index voranstehendes Kapitel gemacht hat, vor effectum die Worte eingeschaltet[116]:

„incurrat in dei iudicium ét excommunicationem sanctae ecclesiae,"

also grade die Worte der älteren Formeln von Angers. Allem Ansehen nach waren sie ungefähr gleichzeitig aus Gallien in das bairische Volksrecht und in die Lantfridana übergegangen; aber nur aus jenem sind sie nicht wieder verdrängt worden. Auch lauten sie hier noch vollständiger[117]:

Si quis aliqua persona contra res ecclesiae iniuste agere uoluerit, uel de rebus ecclesiae abstrahere uo-

---

114) Merkel praef. ad leg. alamannorum, in Pertz monum. legg. III. 1851 pag. 16.

115) ed. Merkel pag. 45.

116) Ibid. pag. 84. Die Schlußworte: sicut lex habet, finden sich auch hier wieder.

117) Lex baiuuar. tit. I cap. 2: de his qui contra legem ecclesiam fraudare uoluerint. — Ueber das Alter beider Gesetze vgl. Merkel lex Alamannor. pag. 19. 126. 127. und im Archiv der Gesellschaft f. deutsche Geschichtskunde Bd. XI S. 684.

luerit, siue ille qui dedit, uel de heredibus eius, aut qualiscunque homo praesumpserit, in primis incurrat dei iudicium et offensionem sanctae ecclesiae, et iudici terreno persoluat auri uncias tres et illas res ecclesiae reddat, et alias similes addat rege cogente, uel principe qui in illa regione iudex est.

Dagegen sind jene Worte in der karolingischen Recension der lex alamannorum, aus dem neunten Jahrhundert, wieder verschwunden; das Kapitel steht aber auch wieder in der ordentlichen Reihefolge des Textes, und lautet nun[118]:

Et si aliqua persona res malo ordine de ecclesia subtraxerit, quae manu potestatiua prius contraditae fuerunt, secundum legem alamannorum multa, quae in carta commemorata fuerit, in fisco soluatur, et 60 solidos pro fredo. Res autem ad ecclesiam permaneant cum emendatione hominis illius, qui eas malo ordine subtrahere uoluit: hoc est cum supradicto debito res reddat et 30 solidos ad ecclesiam persoluat.

Was aber konnte, in allen drei Recensionen, das Gesetz bestimmen, scheinbar sich selbst zu citiren, mit den Worten: sicut lex habet, und secundum legem alamannorum? Gewiß nur der Umstand, daß die ganze Stelle ein neueres, vom Clerus im Interesse der Kirche vorgeschlagenes Emblema war, dessen Aufnahme wörtlich so erfolgte, wie der Vorschlag gelautet hatte. Dieser letztere war aber den Vorbildern fränkischer Urkunden und Formeln entlehnt, die ja auch in der alemannischen Praxis schon vor dem Herzog Lantfried einige Nachahmung gefunden hatten. Die kirchlichen und religiösen Verwünschungen mußten jedoch auch in der Praxis wieder verschwinden, nachdem der Text der Lantfridana verworfen war; ja selbst in diesem sind sie nie, wie im bai-

118) ed. Merkel pag. 126. 127.

rischen Volksrecht, zu einem integrirenden Theil des Gesetzes geworden, da sie nur vor dem Index hinzugefügt wurden. Ob aber es die Rücksicht auf die Säcularisationen unter Karl Martell, oder ob es ein allgemeineres Motiv gewesen, welches die Verwerfung herbeiführte, darüber wird sich schwer entscheiden lassen; Merkel (lex alamannorum S. 19) bleibt das Verdienst, an den ersten möglichen Grund erinnert zu haben.

VIII.

Zur Dogmengeschichte der Spolienklage.

Von Dr. Maassen in Innsbruck.

Es soll hier nur für die Zeit von Gratians Decret bis zum Erscheinen der Glossa ordinaria in ihrer ursprünglichen Gestalt ein kleiner Nachtrag gegeben werden. Im übrigen ist die Darstellung bei Bruns so vollständig, daß es kaum gelingen dürfte, eine neue Thatsache von Erheblichkeit zu bringen.

Die in den erwähnten Zeitraum fallenden Schriften der Glossatoren sind sämmtlich ungedruckt. Zwischen dem Erscheinen des Decrets und der Glosse des Johannes Teutonicus liegt aber mehr als ein halbes Jahrhundert. Wir finden in der letztern die später geläufige Theorie der Spolienklage bereits in ihren Grundzügen festgestellt, ohne daß sie im Decret selbst oder der nachgratianischen kirchlichen Gesetzgebung eine ausreichende quellenmäßige Begründung hätte. Um so mehr ist es von Interesse, ihre Spur in der frühern canonistischen Literatur zu verfolgen.

Bruns hat gezeigt, daß bei Pseudoisidor die Spolienklage noch kein selbständiges, von der Einrede getrenntes Rechtsmittel ist [1]. Ein spoliirter Bischof braucht sich nicht eher auf eine Anklage einzulassen, als ihm die Kirchengewalt alles entrissene wieder verschafft hat. Das ist die Gestalt, welche die Sache in den pseudoisidorischen Decretalen hat. Die Restitution des Spoliirten ist durch eine

1) Bruns Das Recht des Besitzes S. 137. — 159.



Criminalanklage gegen ihn und die Vorschützung einer Einrede gegen diese bedingt.

Wie hat nun auf dieser Grundlage die Spolienklage sich ausbilden können?

Die Erklärung, welche Bruns giebt, ist diese:

Gratian habe die pseudoisidorischen Bestimmungen über die Spolienklage ziemlich vollständig aufgenommen. Aber durch die Art der Aufnahme habe er den Grund zu allen spätern Mißverständnissen, insbesondre zur Ausbildung der Klage als eines selbständigen Rechtsmittels, gelegt. Indem er nämlich die aufgenommenen Stellen in die zwei Quästionen:

> „An exspoliatus ab aliquo est judicandus?" (C. II. q. 2.)

und

> „An restitutio danda sit quibuslibet exspoliatis?" (C. III. q. 1.)

vertheilte, habe dies vernünftigerweise gar nicht anders aufgefaßt werden können, als daß in der einen Quästio von einer Einrede, in der andern von einer selbständigen Klage die Rede sein solle. Dies werde noch durch eine Auslassung Gratians unterstützt, in Folge deren in der Hauptstelle des zweiten Falls (dem c. *Redintegranda*) die Klage ohne Verbindung mit der Einrede, ohne die besondre Beziehung des Restitutionsanspruchs auf die über die Anklage entscheidende Synode und ohne Beschränkung auf Bischöfe erscheine[2].

Das Hauptgewicht legt also Bruns auf die Eintheilung bei Gratian.

Und in der That, wenn man mit dieser Erklärung die Worte der Glosse zum Eingang der ersten Quästio (q. 2. cit.):

> „Haec est differentia inter quaestionem istam et illam, quae est infra III. q. I., quia hic petitur restitutio in modum exceptionis, ibi in modum actionis"

zusammenhält, so hat dieselbe etwas höchst scheinbares.

---

2) A. a. O. S. 163. — 167.

Da nun Gratian selbst, wie Bruns zeigt, noch nicht an eine selbständige Klage gedacht hat, so wäre demnach die Entstehung eines so wichtigen und eingreifenden Rechtsmittels in der canonistischen Doctrin durch ein ganz äußerliches Mißverständniß veranlaßt.

Die Betrachtung der frühern Glossatorenliteratur führt indeß, wie ich glaube, zu der Einsicht, daß die Sache sich doch etwas anders verhält. Die Eintheilung bei Gratian, weit entfernt, die Ursache für die Trennung der Klage von der Einrede zu sein, ist in dem bezeichneten Sinne erst dann aufgefaßt worden, als die canonistische Theorie diese Trennung bereits vollzogen hatte.

Die ältern Canonisten finden entweder gar keinen wesentlichen Unterschied zwischen dem Inhalt der ersten und zweiten Quästio oder sie finden ihn doch in etwas ganz andrem als die Glosse.

Stephan von Tournai bemerkt zum Eingang der zweiten Quästio (q. 1. cit.): das Thema beider Quästionen sei im übrigen das gleiche, nur werde in der zweiten etwas nachgeholt. Wolle man aber einen Unterschied finden, so sei es etwa dieser, daß in der ersten von der Spoliation durch ungerechtes Urtheil, in der zweiten noch von andern Arten der Spoliation die Rede sei[3].

Johannes Faventinus findet bereits in der ersten Quästio beides erörtert: das allgemeine Verbot der Spoliation überhaupt, und daß der Spoliirte nicht vor den Richter gezogen werden dürfe[4]. Zum Eingang der zweiten Quästio bemerkt er dann: das in der ersten gesagte werde hier mit der Hinzufügung wiederholt, daß die

3) Steph. Torn. in C. III. q. 1.: „Si quis quaerat, quare hic de restitutione tractat, cum in superiori causa q. II. tractaverat de ea, dicimus, quia repetit, ut, quod ibi minus dixerit, hic suppleat. Vel in superiori causa dixerat de restitutione eorum, qui per sententiam judicis inique fuerint exspoliati, hic, sive ante sententiam, sive post, sive a judice, sive ab alio.“ (Nach Cod. lat. Mon. 17162. und Cod. Bamb. B. III. 21.)

4) Ioan. Fav. in C. II. q. 1.: „Haec quaestio duos articulos continet, i. e., quod non sit aliquis exspoliandus, et quod exspoliatus ante judicem stare non cogitur.“

restitutorische Sentenz nicht genüge, um gegen den Angeklagten zu procediren, sondern daß die thatsächliche Restitution bereits erfolgt sein müsse[5].

Sicardus von Cremona bemerkt ebenfalls, daß in der zweiten Quästio nur der Inhalt der ersten wiederholt werde, um einige Hinzufügungen zu machen[6].

Bei Huguccio finden wir allerdings schon eine Andeutung der später von der Glosse angenommenen grundsätzlichen Verschiedenheit beider Quästionen[7]. Trotzdem ist leicht zu erkennen, daß dieser Gesichtspunkt nicht von Einfluß auf seine Behandlung der Sache selbst gewesen ist.

---

5) Idem in C. III. q. 1.: „In secunda Q. II. C. proposuerat exspoliatos non posse vocari ad judicem, antequam restituantur. In hac autem Q. proponit illos restituendos esse, et licet in prosecutione superioris Q. hoc dixerit, tamen hic repetit, ut aliud addat, scil. quod non solum per sententiam, sed etiam per officium judicis omnia praesentialiter sunt restituenda." (Diese und die Stelle der vorigen Note nach Cod. lat. Mon. 3873. und Cod. Bamb. P. II. 27.)

6) Sicard. Cremon. in q. cit.: „Quaeritur, an restitutio sit danda quibuslibet exspoliatis, et nota, quod est

restitutio { ad possessionem, ad appellationem, ad causam, ad famam.

De prima actum est Q. II. C. II. Hic quoque repetitur, ut aliquid addatur. De aliis suis locis dicendum est. (Nach Cod. Bamb. D. II. 20.)

7) Hug. in q. cit.: „Videtur haec quaestio eadem cum II. Q. II. C.; sed ideo repetit, ut addat de loco, quia omnia iis ablata sunt restituenda iis, et in eodem loco corporaliter, unde fuerunt ablata. Non enim sufficit dare sententiam de restituendo, nisi omnia corporaliter in eodem loco per officium judicis restituantur, ut infra e. Q. *Redintegranda.* Si tamen subtiliter inspiciantur, alia est haec quaestio et alia illa. Hic enim quaeritur, an spoliati sint restituendi, ibi, an spoliati sint vocandi ad causam ante restitutionem, et ideo ad aliud hic et ad aliud ibi introducuntur capitula, et quasi eadem imo capitula, quae hic ponuntur, faciunt ad illam quaestionem et ad hanc, et e converso, quae ibi ponuntur, et ad hanc et ad illam." (Nach Cod. lat. Mon. 10247. und Cod. Bamb. P. II. 25.)

Natürlich würde aus allem diesen wenig folgen, wenn wir bei den genannten Canonisten über das Verhältniß der Klage zur Einrede noch die den pseudoisidorischen Bestimmungen entsprechende Lehre fänden. Es würde dann nur bewiesen sein, daß die unrichtige Ansicht über die Bedeutung von Gratians Eintheilung später entstanden sei, keineswegs aber, daß eben diese mißverständliche Auffassung nicht der Grund jener von Pseudoisidor abweichenden Theorie geworden wäre.

Nun aber ist nichts gewisser, als daß ihre Theorie eine von der pseudoisidorischen Construction des Rechtsmittels ganz verschiedene ist. An eine Einrede, welche die Restitution durch den Richter, vor dem sie geltend gemacht ist, nach sich zöge, wird nicht entfernt gedacht. Die Einrede ist bedingt durch die Möglichkeit, einen Restitutionsanspruch wegen Spoliation selbständig zu verfolgen. Den Anspruch bei dem competenten Richter durchzusetzen, ist Sache des Spoliirten.

Stephan von Tournai und Johannes Faventinus bezeichnen als die Klage, von der hier die Rede sei, ausdrücklich die possessorischen Interdicte[8]). Huguccio, der freilich die hier nach seiner Ansicht möglichen Rechtsmittel nicht beim Namen nennt, läßt doch über seine Auffassung der Klage als eines von der Einrede getrennten Rechtsmittels keinen Zweifel in folgender Stelle:

Hug. in c. 2. C. III. q. 1.:

„Sed ecce spoliatus non vult petere restitutionem, ne postea accusetur de illo crimine, pro quo est spoliatus, quia majorem poenam meretur de illo, quam sit ipsa spoliatio: quid ergo tunc debet esse? Credo, quod

8) Steph. Torn. in c. 1. C. II. q. 2.: „Omnia ista decreta videntur loqui de his, quibus ablatae sunt res suae vel etiam sedes non per judicialem sententiam, sed per violentiam, unde et restituendi sunt per possessoria judicia, i. e. per interdicta vel per actiones in factum redditas loco interdictorum“ (*cf.* §. *8. I. de interdictis 4. 15.*). Johannes Faventinus hat dies wörtlich nachgeschrieben.

in tali causa vocandus est ad judicium et accusandus tam de illo crimine, quam de aliis, etiam ante restitutionem, si monitus non vult eam petere, ne fraus sit ei lucrosa."

Der Grund dieser Trennung der Klage von der Einrede scheint mir in folgendem zu liegen.

Bei Pseudoisidor war die Berechtigung zur Einrede auf Bischöfe beschränkt, welche vor der Synode wegen eines Verbrechens angeklagt wurden. Die Synode hatte auf die erhobene Einrede die Verpflichtung, dem Spoliirten zur Restitution zu verhelfen. Vorausgesetzt nun auch, daß noch im 12. Jahrhundert die Synoden die Macht zur Erfüllung dieser den Grundsätzen über die richterliche Competenz widersprechenden Verpflichtung gehabt hätten, so waren doch die Synoden gar nicht mehr die Behörden, vor denen ein Bischof angeklagt wurde[9]. Dazu kommt noch ein zweiter Grund. Die ganze Bestimmung bei Pseudoisidor hat, wie Bruns zeigt[10], den Charakter einer politischen Maßregel zum Schutze der Bischöfe. Diese Beziehung hatte aber im 12. Jahrhundert kaum noch einen Sinn. Wenn man daher nicht das ganze Institut fallen lassen wollte, so lag eine Ausdehnung mindestens auf jede persona ecclesiastica in der juristischen Consequenz. Diese Ausdehnung wird denn auch von den Canonisten als ganz sich von selbst verstehend betrachtet[11]. Daß aber nicht jeder Richter, vor dem eine persona ecclesiastica angeklagt wird, in der Lage sich befindet, ihr zur Restitution wegen Spoliums zu verhelfen, ist klar.

So blieb denn nichts andres übrig, als die Klage aus ihrer Verbindung mit der Einrede zu lösen.

---

9) Daß den Canonisten diese Erwägung nicht entging, zeigt folgende Stelle des Joh. Faventinus zu c. 2. C. III. q. 1. verb. *ad synodum*: „responsuri de crimine; antiquitus enim omnia in synodo a metropolitano et a comprovincialibus episcopis celebrata examinari solebant."

10) S. 144. — 149.

11) Ioan. Fav. in c. 2. C. III. q. 1.: „Nota, quia, quod dicitur de episcopis spoliatis, generaliter intelligitur de omnibus ecclesiasticis personis." Ebenso Hug. in c. 3. q. cit.

Freilich ist die Klage in der ältesten canonistischen Theorie noch nicht die Condictio ex canone des Johannes Teutonicus. Es ist daher jetzt zu betrachten, wie die Trennung der Klage von der Einrede in weiterer Folge die Ausbildung des canonischen Rechtsmittels der Spolienklage nach sich zog.

Nachdem die Verbindung der Klage mit der Einrede einmal aufgehoben war, hatte die Theorie die Aufgabe, die Folgen dieser Trennung näher zu bestimmen. Für die Einrede hatte die Frage keine Schwierigkeit; sie blieb im übrigen unverändert, nur daß sie nicht, wie früher, von selbst die Restitution des Spoliirten nach sich zog. Was aber die Klage betrifft, so wäre es an und für sich wohl denkbar gewesen, daß die Theorie unter Beibehaltung derjenigen Merkmale, welche nicht wesentlich durch ihre Verbindung mit der Einrede bedingt waren, sofort ein eigenthümliches canonisches Rechtsmittel aus ihr geschaffen hätte. Daß dies nicht geschah, hat, wie ich glaube, seinen Grund in folgendem.

Ein so wichtiges Recht durch die Klage in ihrer pseudoisidorischen Gestalt den Spoliirten auch gewährt wird, so ist der eigentliche Gesichtspunkt, unter dem das ganze Institut seine Ausbildung von Pseudoisidor erhalten hat, doch der: daß ein seines Sitzes oder seiner Güter beraubter Bischof nicht accusirt werden dürfe. Die Einrede ist daher der principale Gesichtspunkt, die Restitution nur ein Accessorium der Einrede. Für einen spoliirten Bischof, der nicht in die Lage versetzt wird, von der Einrede Gebrauch zu machen, hat auch die Klage keine Bedeutung. Ganz anders, wenn die Klage zu einem selbständigen, nur durch ihren Grund, die Spoliation, bedingten Rechtsmittel erhoben wird. Damit erlangt sie eine Tragweite, an die in den falschen Decretalen nicht entfernt gedacht ist.

Hieraus erklärt sich, daß wir bei den ältern Canonisten, Huguccio mit einbegriffen[12], nur die Einrede als eigenthümlich canonisches Institut behandelt, für die Klage aber einfach auf das

12) Wegen Sicardus von Cremona s. m. u. S. 242.

römische Recht verwiesen finden. Die Möglichkeit, eine Klage wegen Spoliation zu erheben, ist die Voraussetzung der Einrede. Ob aber diese Möglichkeit vorhanden sei, ist eine Frage, welche das gewöhnliche Recht zu entscheiden hat.

Bei Huguccio, der die ganze Materie am ausführlichsten erörtert und zugleich an der Gränze der neuen canonistischen Theorie steht, hat die Sache folgende Gestalt:

> Die Einrede steht jeder persona ecclesiastica [13] zu, die auf Grund unrechtmäßig geschehener Entziehung eines Besitzes einen Restitutionsanspruch hat, bis zu erlangter oder durch eigne Schuld nicht erlangter [14] Restitution: 1. gegen eine Criminalanklage a. von Seiten des Spoliators, die Anklage beziehe sich auf welches Verbrechen sie wolle, b. von Seiten andrer, wenn die Anklage dasjenige Verbrechen zum Gegenstande hat, um des willen die Spoliation geschehen ist; 2. gegen eine Civilklage, wenn sie sich auf dasjenige Delict, um des willen die Spoliation geschehen, oder auf diejenige Sache bezieht, die dem Beklagten unrechtmäßig entzogen ist.

Es kommt für unsern Zweck nur darauf an, die Natur des Restitutionsanspruchs, durch dessen Vorhandensein die Einrede bedingt ist, näher zu erörtern [15].

---

13) M. s. Note 11.

14) M. s. o. S. 231. flg.

15) Für die andern Erforderniſſe der Einrede möge die Anführung folgender Belegstelle genügen: Hug. in c. 2. C. III. q. 1. verb. *quilibet majorum vel minorum:* „Quilibet spoliator praesumitur enim suus inimicus esse, et ideo contra eum non potest agere criminaliter, ut in extra. *In literis;* sed alius etiam ante restitutionem accusare eos potest de alio crimine, sed non de illo, pro quo sunt spoliati .... Sed quid de causa civili? Respondeo et dico, quod spoliator ante restitutionem non potest agere contra eum civiliter de crimine, pro quo eum spoliavit, nec de re, qua eum spoliavit, sed de alia potest ..... Item dico, quod alius non potest ante restitutionem agere contra eum civiliter de illo crimine vel de illa re, ut infra e. q. II. *Oportet,* sed de alia potest."

Während Stephan von Tournai und Johannes Faventinus lediglich die violentia als die Form des hier in Betracht kommenden Unrechts bezeichnen[16], hält Huguccio, wie die canonistische Jurisprudenz nach ihm, sich in diesem Punkte wieder ganz an Pseudoisidor, indem er keinen Unterschied macht zwischen Gewalt, Zwang und Arglist.

Hug. in c. 3. C. III. q. 1.:

„sive vi, sive metu, sive dolo adversarii, sive quacunque circumventione suis rebus quis privetur, debet restitui."

Die Klagen, welche zur Verfolgung des Anspruchs dienen sollen, können daher nicht mehr bloß die possessorischen Interdicte sein, wie bei Stephan und Johannes.

Freilich ist der Anspruch, durch den die Einrede begründet wird, auch nach der Lehre des Huguccio ein possessorischer, wie aus folgender Stelle erhellt:

Hug. in c. 6. Dict. Grat. q. 1. cit.:

„Non ergo sequitur, quod si non fuit legitime institutus, non sit destitutus nec possit restitui. Nam sicut fuit institutus de solo facto, ita potest restitui de solo facto."

Aber es kann ja auch mit andern Klagen als den Interdicten schon nach römischem Recht der Besitz geschützt und namentlich ein verlorener Besitz wieder erlangt werden[17].

Die Klagen, an die hier zunächst zu denken ist, sind die Actio quod metus causa und die Actio doli.

Nun liegt bei Pseudoisidor und Gratian unverkennbar der Gedanke zu Grunde, daß für die Beseitigung der Einrede die Leistung des Interesse nicht genüge, daß vielmehr so lange sie überhaupt möglich, Restitution des entrissenen Gegenstandes in natura

16) M. s. o. Note 8.

17) M. vgl. Bruns S. 27.—37. Es gehört zu Bruns Verdiensten, dies wieder in Erinnerung gebracht zu haben.

erforderlich sei[18]. Huguccio ist dies nicht entgangen[19], ohne daß er indeß sich darauf einließe, die Consequenzen zu erörtern.

Von selbst entsteht die Frage: was denn zu gelten habe, wenn das Object bereits an einen dritten Besitzer gelangt ist? Für Pseudoisidor freilich, bei dem das ganze Rechtsmittel außer Zusammenhang mit dem ordentlichen Recht steht, beantwortet sich die Frage einfach. Soll einmal ohne Rücksicht auf die Regeln über die richterliche Zuständigkeit die Synode verpflichtet sein, dem Spoliirten zur Restitution zu verhelfen, so kann es keinen Unterschied machen, ob der Gegenstand im Besitze des Spolianten, oder in dem einer andern Person sich befindet.

Die canonistische Doctrin, von der hier die Rede ist, verweist aber den Spoliirten auf die ordentlichen Rechtsmittel. Hier wird nun eine Verschiedenheit unter den Klagen von Bedeutung. Die Actio quod metus causa geht auch gegen den dritten Besitzer, die Actio doli und das Interdictum de vi können nur gegen den Verletzer angestellt werden. Die nothwendige Folge ist, daß, wenn eine dieser beiden Klagen begründet und der Gegenstand des Spoliums bereits in dritte Hände übergegangen ist, nur die Alternative bleibt, daß entweder die Einrede, ihren Zweck überbietend, einen peremtorischen Charakter annehme, oder aber daß der Spoliirte sich mit der Erlangung des Interesse, soweit dasselbe überhaupt zu erlangen ist, begnügen müsse[20].

18) Cf. c. 2., 3. C. III. q. 1.

19) Arg. Hug. in c. 3. cit. verb. *in eo loco:* „i. e. ad eundem locum vel ad eundem statum. Quid ergo, si quis abstulit ovum ultra mare? Ar. hic, quod debeat restituere illic per se vel per alium; ibit ergo illuc vel mittet per alium."

20) Allerdings findet da, wo das Interdictum de vi begründet ist, stets nach römischem Recht auch die Actio quod metus causa Statt, „quia quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur" (l. 1. D. *quod metus causa* 4. 2.). Dieser Gesichtspunkt ist aber den Decretisten entgangen. Dies zeigen folgende Aeußerungen: Glossa in c. 3. C. III. q. 1. verb. *captivitate:* „Si enim per vim aliquid ab eo extortum est vel ablatum, intra annum potest agere contra dejectorem...., sed si per metum est extortum aliquid, tunc contra omnem possessorem agitur" rel. (Joh. Teuto-

Huguccio hat, wie gesagt, diese Frage nicht berührt. Dagegen macht er den Versuch mit Hülfe der unpassenden Analogie von l. 31. §. 1. D. *depositi* 16. 3. die Sphäre des Interdictum de vi in passiver Hinsicht zu erweitern, indem er es dem Dejicirten auch gegen den zweiten Dejicienten, den Entsetzer seines Dejicienten, giebt.

Hug. in c. 6. Dict. Grat. C. III. q. 1. verb. *praedoni:* „quia secundum rigorem juris praedo est restituendus ... Hoc verum est, ubi dominus rei rem illam vi abstulit praedoni ex intervallo. Idem est et si alius abstulit eam illi. Si tamen, cum abstulit eam alius a domino[21], praedo et dominus simul venirent ad repetendum[22]), crederem tunc ex aequitate dominum esse praeponendum et rei rem esse restituendam, quamvis de stricto jure videatur esse reddenda praedoni. Et hoc ad similitudinem ejus, quod dicitur de deposito. Ecce praedo mihi rem meam ablatam deposuit apud aliquem ignarum hujus facti; postea ipse repetit et ego, et licet de stricto jure videatur esse ei reddenda, mihi tamen potius debet restitui ex aequitate, ut ff. *depositi. Bona fides.* §. *Incurrit.*“

---

nicus). Glossa in c. 4. Comp. III. *de probationibus* 2. 11.: „Quaedam vis dicitur expulsiva et illa spectat ad interdictum unde vi.... Item est vis compulsiva et illa spectat ad actionem quod metus causa.“ (Aus dem Apparat des Tancred nach einer Handschrift — Cod. $^{41.}/_{52}$. — der Universitätsbibliothek zu Gratz.)

21) Das „a domino“ ist nicht auf „abstulit“, sondern auf „alius“ zu beziehen. Der „alius a domino“ ist derselbe, der kurz vorher einfach als „alius“ bezeichnet ist.

22) Fraglich könnte erscheinen, wie Huguccio sich das „simul venire ad repetendum“ denkt. Wenn zwei Personen gleichzeitig die Restitution desselben Objects fordern, so bringt dieser Umstand allein ihre Ansprüche noch in kein Verhältniß zu einander. Wer zuerst ein condemnatorisches Urtheil erwirkt, an den wird die Restitution erfolgen. Es scheint daher in der That, daß der Canonist den Fall einer heute s. g. Principalintervention voraussetzt.

Offenbar hat die Ausdehnung der Klage in dieser Beschränkung gar keinen Sinn; denn daß der dritte Besitzer ebenfalls durch Gewalt in den Besitz gelangte, ist eine res inter alios acta, die zwischen ihm und dem zuerst entsetzten vernünftigerweise kein obligatorisches Verhältniß begründen kann[23].

Diese Erweiterung des Interdictum de vi hat denn auch keinen Beifall gefunden.[24]. Sie ist weder von den Decretalen angenommen, noch ist von ihr bei den spätern Decretisten die Rede. Daß die letzteren die Beschränkung des Interdicts auf die Person des Dejicienten als im römischen Recht begründet anerkannten, läßt sich aus vielen Stellen zeigen[25].

Stellt man sich auf den Standpunkt der Einrede, so wird man nicht verkennen, daß diese Gestalt der Sache unbefriedigend war. Man kann vollkommen zugeben, daß die Einrede ein abnormes, mit richtigen Ansichten über Zweck und Natur des Besitzesschutzes nicht in Einklang zu bringendes Rechtsmittel ist und doch das Bedürfniß anerkennen, daß das Institut mindestens in sich consequent sei. Sollen aber einmal Gewalt, Zwang und Arglist in gleicher Weise zur Begründung der Einrede zugelassen werden, so hat es gar keinen Sinn, in dem einen Falle eine andere Behandlung eintreten zu lassen, als in dem andern. Diese Ungleichheit bestand in den Bestimmungen der falschen Decretalen nicht; erst durch die Trennung der

23) Daß der zuerst entsetzte die Cession der Klage gegen den zweiten Entsetzer fordern und eben deshalb auch ficta cessione sofort gegen ihn klagen könnte, unterliegt freilich keinem Zweifel. Aber, wenn auch die juristische Abstraction, vermittelst deren wir durch einzelne in den Quellen enthaltenen Entscheidungen zu dem allgemeinen Princip gelangen, daß die Cession einer Forderung stets da als geschehen fingirt werden könne, wo ein gegenwärtig erzwingbarer Anspruch auf sie vorhanden ist, bei den Glossatoren bereits sich fände, so denkt doch Huguccio in der obigen Stelle offenbar an eine Klage aus eignem Recht.

24) Ueber eine andere Erweiterung durch die kirchliche Gesetzgebung s. m. Savigny Besitz S. 627. fg. und Bruns S. 178. fg.

25) M. s. statt anderer die Stellen auf S. 240. und in Note 34.

Klage von der Einrede und die Verweisung des Spoliirten auf die ordentlichen Rechtsmittel wurde sie veranlaßt.

Zu der pseudoisidorischen Form zurückzukehren, daran konnte natürlich nicht gedacht werden. Die Trennung der Klage von der Einrede beruhte, wie gezeigt ist, auf objectiven, willkürlicher Beseitigung enthobenen Gründen. Um was es sich allein handeln konnte, war: die verschiedenen nach römischem Recht möglichen Klagen mit Aufhebung ihrer Unterschiede zu einem einzigen canonischen Rechtsmittel zu verschmelzen. Und eben dies versuchte die canonistische Theorie.

Den gesetzlichen Stützpunkt bot c. 3. (*Redintegranda*) C. III. q. 1., das ja, wie alle pseudoisidorischen Bestimmungen, für ein wahres Kirchengesetz gehalten wurde. Hier heißt es allgemein: „Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis episcopis ....., per quascunque injustas causas res .... perdidisse noscuntur.“ Dolus, metus und violentia sind also vollkommen gleichgestellt und unter Ein Gebot zusammen gefaßt. Das Rechtsmittel, das sich nach der Trennung von Klage und Einrede als ein Bedürfniß ergeben hatte, schien daher in der That durch canonischen Rechtssatz schon festgestellt.

Auch für den Namen der Klage bot sich ein passendes Motiv in l. un. D. *de condictione ex lege* 13. 2.[26], man nannte sie Condictio ex canone[27].

Daß nun für die Frage: ob diese Klage gegen den dritten Besitzer stattfinden solle oder nicht, der Actio quod metus causa die Norm zu entlehnen sei, konnte nicht zweifelhaft sein. Es war für diesen Zweck nicht einmal nöthig, auf die aequitas canonica zurück zu greifen, da es vorliegend ja gerade darauf ankam, die

26) M. vgl. Savigny System B. 5. S. 543., Bruns S. 169 Note 1.

27) Wir sind gewohnt, bei Citaten aus dem Decret die einzelnen Stücke als Canones zu bezeichnen; von den Glossatoren werden sie ausnahmslos Capitula genannt. Condictio ex canone bedeutet daher ursprünglich nicht: Condictio aus dem canon 3. C. III. q. 1., sondern Condictio aus einer canonischen Bestimmung.

Klage in Einklang zu bringen mit dem Postulat, daß der Gegenstand des Spoliums in natura restituirt sei, damit gegen den Spoliirten procedirt werden könne. Der Canon *Redintegranda* kam auch hier zu statten, da in ihm das Gebot der Restitution ganz allgemein lautet, ohne Rücksicht darauf, wer jetzt der Besitzer sei.

Folgende Stellen mögen dazu dienen, die Richtigkeit dieser Andeutungen über den Entwicklungsgang des Rechtsmittels in der canonistischen Doctrin zu bestätigen.

1. Glossa Vincent. Hisp. in c. un. Comp. III. *de ordine cognitionum* 2. 4.[28] verb. *judicium restitutorium contra spoliatorem tantum competere:*

> „Quia non datur interdictum unde vi nisi contra dejectorem, infra *De resti. spo. Cum ad sedem*[29], ff. *De vi et de vi ar.* l. *Cum a te*[30] ..... Forte latius patet restitutorium judicium secundum canones quam secundum leges, ut habeat locum etiam ubi metu quis perdit rem vel dolo, III. Q. I. *Redintegr.* Tamen de hac materia notabo infra *De rest. spo. Cum ad.*"

2. Glossa ejusd. in c. 5. Comp. III. *de restit. spol.* 2. 6. verb. *interdictum unde vi locum nullatenus habuisse:*

> „Quia non datur nisi contra dejectorem ... Latius tamen patet judicium possessorium secundum canones. Datur enim contra eum, qui dolum fecit vel metum intulit et qui vim fecit, III. Q. I. *Redintegranda* ...., cum tamen legiste ibi habeant proprias actiones, scil. quod metus causa et de dolo et alias ...... Nota secundum leges quod non datur unde vi contra dejectorem et quod metus causa edictum datur contra quemlibet, ad quem res pervenit, in qua metus illatus est ... Vinc."

---

28) c. 2. X. eod. 2. 10.
29) c. 5. Comp. III. 2. 6. (c. 15. X. 2. 13.)
30) l. 7. D. 43. 16.

Das diesen beiden Glossen des **Vincentius Hispanus**[31] zu Grunde liegende Räsonnement ist folgendes:

Das Interdictum de vi geht allerdings nur gegen den Dejicienten. Aber nach canonischem Recht giebt es ein Rechtsmittel zur Wiedererlangung des Besitzes, das gleichmäßig begründet ist, mag die Entziehung durch vis, metus oder dolus geschehen sein. Da nun nach römischem Recht die Actio quod metus causa auch gegen den dritten Besitzer geht, so muß, was nach römischem Recht nur für den Fall des metus gilt, nach canonischem auch auf den Fall der vis und des dolus Anwendung finden.

Noch deutlicher tritt dieser Gedanke in folgender Stelle der **Glossa ordinaria** hervor:

3. **Glossa** in c. 3. C. III. q. 1. verb. *aut dolo*:

„Cum autem canon aequiparet dolum, metum, violentiam[32], videtur, quod condictione ex hoc canone quilibet possidens possit conveniri."

Hier ist ausdrücklich gesagt, daß die Ausdehnung der Condictio ex canone auf den dritten Besitzer sich auf die Gleichstellung von dolus, metus und violentia gründe[33].

---

31) Sie finden sich in seinem Apparat zur Comp. III. (Cod. **Bamb.** P. II. 7.) M. s. **Jahrbuch** B. 2. S. 470.

32) So Cod. **Oenip.** 10. und die **Mainzer** Ausgabe von 1472. statt der Lesart anderer Ausgaben: „metum vel violentiam." (Die von **Richter** für seine Ausgabe des Decrets benutzte **Basler** Ausgabe von 1481. ist ein Abdruck der genannten **Mainzer**.)

33) Schon in der Einleitung der Glosse zu derselben Quästio kommt eine Stelle vor, in der die verschiedenen Klagen aus dem Gesichtspunkt charakterisirt werden, ob gegen den dritten Besitzer zuständig oder nicht. „Hoc autem scias, quod quatuor sunt auxilia prodita, per quae petitur restitutio: actio, interdictum, condictio ex canone, judicis officium. Actione petitur restitutio, ut actione quod metus causa. Datur restitutio contra quemlibet possessorem .... Item actione de dolo petitur restitutio et per illam non fit restitutio nisi contra illum, qui dolum fecit .... Item per interdictum datur restitutio contra illum solum, qui vim fecit ... Per condictionem ex canone datur restitutio contra quemlibet possessorem, ut extra. *De appell.*

Der Ursprung der Theorie über die Spolienklage reicht übrigens in das 12. Jahrhundert hinauf. Schon Sicardus von Cremona, der mit voller Gewißheit seine Summa schon geschrieben hatte, als die Summa des Huguccio noch nicht vollendet war, nennt die Condictio ex canone.

Sicard. Cremon. Summa C. II. q. 2.:

„Exspoliatur quis
- per violentiam. Hic restituitur per interdicta secundum leges, condictione ex canone[34], ut II. Q. II.
- per sententiam. Hic restituitur officio judicis.“

Offenbar wird die Klage auch hier schon als etwas bekanntes vorausgesetzt. Frühere Spuren zu finden, ist mir indeß nicht gelungen.

Eine gesetzliche Sanction in den Decretalen hat nun aber die Lehre der Glossatoren von der Condictio ex canone nicht erhalten; ja, was noch mehr ist, sie ist in dem c. *Saepe contingit* von Innocenz III.[35] mit Bewußtsein abgelehnt.

Da das letztere neuerdings in einer die Geschichte der Spolienklage ausführlich behandelnden Schrift mit Rücksicht auf das Zeitverhältniß, in dem die genannte Decretale und die Theorie der Ca-

Bonae mem. et extra. eod. c. *Saepe* (m. s. u. Note 42.), et infra c. *Redintegranda*. Item per judicis officium petitur restitutio, cum aliquis propter absentiam perdidit rem suam ...., et illa potest agi contra quemlibet possessorem.“

34) In Cod. lat. Mon. 8013. (Kaisersh. 113.) findet sich zu „condictione ex canone“ die Interlinearglosse: „i. e. facta secundum canonem.“

35) c. 18. X. *de restit. spol.* 2. 13. M. s. über diese Decretale Savigny und Bruns an den oben Note 25. angeführten Stellen.

nonisten zu einander ständen, entschieden in Abrede genommen ist[36], so erscheint die Hervorhebung folgender Punkte nicht ohne Zweck.

Das c. *Saepe contingit* ist ein Schluß (c. 39.) des vierten Lateranensischen Concils vom Jahre 1215.

Das Entstehen der Lehre von der Condictio ex canone fällt aber, wie aus der Summa des Sicardus gezeigt ist, bereits in das 12. Jahrhundert, also lange vor das genannte Concil.

Der Apparat des Spaniers Vincentius zur Comp. III., in dem wir das „remedium, quod latius patet secundum canones", wieder finden, ist ebenfalls vor dieses Concil zu setzen[37].

Da Johannes Teutonicus in seinem bald nach dem Concil geschriebenen Glossenapparat zur Comp. IV.[38] seine Glosse

36) Delbrück Die dingliche Klage des deutschen Rechts. Es heißt hier u. a. S. 152. fg.: „Die erste Andeutung zu der später weiter ausgebildeten Klage aus dem Canon Redintegranda findet sich in der Glosse zu dieser Stelle. Da nun aber diese Glosse erst um 1250 vollendet worden, so ist es sehr erklärlich daß die Decretalen aus dem 12. und aus der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts jenes Remedium nicht kennen," und S. 155.: „Das Zeitverhältniß ist also umgekehrt, als es von den Interpreten vorausgesetzt wurde, das cap. Saepe ist ältern und das rem. ex can. Red. ist jüngern Ursprungs."

37) Diese Annahme gründet sich auf den Umstand, daß Vincentius die Decretale *Saepe contingit* an denjenigen Stellen nicht citirt, wo es hätte geschehen müssen, wenn sie bereits existirte. Die beweisende Kraft dieses Umstandes tritt deutlich in einer Glosse Tancreds zu c. un. Comp. III. *de ordine cognit.* 2. 4. (c. 2. X. eod. 2. 10.) hervor, die sich in seinem Apparat zu dieser Compilation (Cod. Bamb. P. II. 6., Cod. Graec. $^{41}/_{52}$) findet. Nachdem er eine Glosse des Laurentius und eine Stelle aus der oben mitgetheilten Glosse des Vincentius zu den Worten dieses cap.: *restitutorium judicium contra spoliatorem tantum competere* voraufgeschickt hat, bemerkt er: „Hodie, qui scienter rem talem recipit, restituere eam tenetur, ut in consti. Inno. *Saepe contingit.* t." Offenbar ist das heute im Gegensatz zu dem Moment gedacht, da Laurentius und Vincentius die von Tancred angeführten Glossen schrieben. Tancred hat seinen Apparat gleich nach dem Concil geschrieben. Er nennt in der Vorrede die Beschlüsse „constitutiones concilii nuperrime celebrati."

38) Diese Sammlung enthält bekanntlich außer verschiedenen andern Decretalen Innocenz III. die Schlüsse des conc. Lateran. IV. — Der Apparat des Johannes Teutonicus ist abgedruckt in der Ausgabe der vier alten Compilationen von Agostino. Handschriften in München, Bamberg, Graz.

zum Decret schon citirt[39], so ist auch diese mit großer Wahrscheinlichkeit bereits vor dem Jahre 1215. verfaßt[40]. Daß aber die Lehre von der Spolienklage, wie sie in der Glosse ordinaria vorliegt, nicht etwa dem Bartholomäus von Brescia, dessen Ueberarbeitung der Glosse gegen die Mitte des 13. Jahrhunderts fällt, sondern dem Johannes Teutonicus selbst zugeschrieben werden müsse, läßt sich mit völliger Gewißheit behaupten. Es befindet sich nämlich auf der Bibliothek zu Bamberg eine Handschrift des Decrets mit der reinen Glosse des Johannes[41]. Hiernach kommt in den beiden Spolienquästionen außer der Umänderung der Decretalencitate nach Maßgabe von Gregors IX. Sammlung[42] nur die Stelle zu c. 4. C. II. q. 2.: „Ego tamen credo — — — possit spoliato objici" auf Rechnung des Bartholomäus.

Die gegen jeden dritten Besitzer zuständige Condictio ex canone war also von den Canonisten bereits angenommen, als das

---

39) Z. B. Gl. in c. 2. *de elect.* 1. 3. verb. *arcere*: „ . . . ut notavi III. Q. II. *Si episcopus* Jo." — Gl. in c. 6. eod. verb. *duplo major*: „ . . . . De hac materia plene notavi LXIII. Dist. c. ult." — Gl. in c. 9. eod. verb. *in loco*: „ . . . prout notavi VII. Q. 1. *Factus* . . . . Jo."

40) M. s. auch Phillips Kirchenrecht B. 4. S. 180., wo das Erscheinen der Glosse des Johannes Teutonicus um das Jahr 1212. gesetzt wird.

41) Cod. P. I. 16. membr., fol., 273 Blätter. Die erste Glosse ist dieselbe, welche in den gedruckten Ausgaben der Glosse ordinaria auf die Einleitung des Bartholomäus folgt: „Tractaturus Gratianus de jure canonico primo incipit a simplicioribus." Auf f. 2. rect. (auf f. 1. war kein Platz mehr) steht von andrer Hand: „Supra in principio Additio prima: *Quoniam novis supervenientibus causis — — — omnium studentium in jure canonico* (die Einleitung des Barth.). Hoc est principium glossarum hujus libri. Illud lege ad hoc signum ☞." Von derselben Schrift sind auch die weitern Zusätze des Bartholomäus an den Rand gesetzt. Durch zwei corespondirende asterisci ist jedesmal kenntlich gemacht, wo die Einschaltung geschehen soll.

42) Daß die Anführung des c. *Saepe* in der oben Note 34. mitgetheilten Stelle in der Handschrift fehlt, bedarf wohl nach dem obigen keiner ausdrücklichen Erwähnung. Dies Citat scheint auch nicht von Bartholomäus zu sein. Es fehlt in Cod. Oenip. 10. und in allen (vier) von mir verglichenen Ausgaben, die älter sind als Venet. de Tortis 1496.

c. *Saepe contingit* Innocenz III. die Klage wegen Spoliation, „non obstante juris civilis rigore“, nur dann gegen den dritten Besitzer gab, wenn er, wissend um das Spolium, den Besitz der Sache erlangt habe[43].

---

43) „Saepe contingit, quod spoliatus per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato, commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum, juris proprietatis amittit effectum. Unde, non obstante juris civilis rigore, sancimus, ut, si quis de cetero scienter rem talem receperit, cum spoliatori quasi succedat in vitium, eo quod non multum intersit quoad periculum animae, injuste detinere ac invadere alienum, contra possessorem hujusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurratur.“

IX.

Die Bestellung der iura in re aliena durch Vertrag und durch Tradition.

Von

Hofrath, Professor Dr. **Adolph Schmidt** zu Freiburg.

Das civile ius kennt nur ein Recht an fremder Sache: **die** Servitut.

Aus ihrem Begriff hat die älteste Wissenschaft — nicht etwa ein Gesetz — die das Institut begrenzenden und bestimmenden Hauptgrundsätze entwickelt:

1., Servitus in faciendo consistere nequit d. h. die Servitut ist ein dingliches Recht, keine Obligation.

2., Nemini res sua servit d. h. die Servitut ist ein Recht an fremder Sache, Eigenthumsbeschränkung.

3., Die Servitut muß dem berechtigten Subjekt einen Vortheil gewähren: denn sie ist ein Glied des Vermögensrechts.

4., Die Servitut ist ein Recht individueller Natur, an das herrschende Subjekt festgebunden, auf ein anderes unübertragbar.

5., An den eben genannten lehnt sich der weitere Satz servitus servitutis esse non potest. Darin liegt zweierlei: a., der Servitutenberechtigte kann an seiner Servitut keinem Dritten eine Servitut bestellen (nicht die servitus usus an seiner servitus viae); also auch nicht theilweise ist die Servitut veräußerlich b., der Eigenthümer kann nicht von vornherein eine personalis an einer Prädialservitut bestellen, z. B. nicht den usus fructus itineris.

6., Endlich ausschließlich für die Prädialservitut gilt noch das Requisit der perpetua causa d. h. jene muß so ewig sein können, wie die Grundstücke, zwischen denen sie besteht.

Weil die Servituten ein echt civiles Rechtsinstitut bilden, deshalb ist ihre Begründung nur bei Demjenigen möglich, welchem das commercium als persönliche Eigenschaft zukommt und der, sofern es sich um den Erwerb einer Prädialservitut handelt, überdies quiritisches Eigenthum an dem künftig herrschenden Grundstück hat. Aus gleichem Grund kann nur der quiritische Eigenthümer die Servitut bestellen; denn die Servitut beschränkt quiritisches Recht. Weil sie dem civile ius angehört, deshalb bedarf sie endlich eine, von jenem Recht anerkannte Form der Begründung. Folgende sind in der Hauptsache die civilen Formen:

1., Der Eigenthümer hat für die Bestellung unter Lebendigen als allgemeine Form die cessio in iure (denn alle Servituten können vindizirt werden) und außerdem als besondere für die in den Katalog der res mancipi aufgenommenen servitutes praediorum rusticorum die mancipatio. [1] Desgleichen kann er, wenn er in einer dieser beiden Formen sein Eigenthum auf einen andern überträgt, eine Servitut sich vorbehalten durch deductio. Für die Bestellung auf den Todesfall steht ihm die Form des legatum offen.

2., Dem iudex gibt die den civilen Theilungsklagen angefügte adiudicatio die Befugnis, Servituten zu bestellen.

3., Endlich durch die einseitige Thätigkeit des Erwerbers entsteht die Servitut in der Form der usucapio. [2]

1) Gaius II, 28—30. Incorporales (res) traditionem non recipere manifestum est. Sed iura praediorum urbanorum in iure tantum cedi possunt; rusticorum vero etiam mancipari possunt. Ususfructus in iure cessionem tantum recipit. Ulpiani fragm. XIX, § 11. Vatic. fragm. § 45.

2) Gerade wie man aus der Zwölftafelstelle usus auctoritas fundi biennium ceterarum rerum annus esto die usu in manum conventio und die usucapio hereditatis ableitete, ebenso erkannte man eine usucapio servitutum an: und zwar bestand diese offenbar allgemein für alle Servituten, nicht,

Aus dem letzten Fall ergibt sich weiter, daß schon das alte Recht der Sache nach kennt, was die spätere Zeit als quasi possessio servitutum bezeichnet. Nur der Name ist dem alten Civilrecht fremd; es nennt das Besitzen körperlicher und unkörperlicher Dinge mit demselben Worte, uti. Anders dagegen steht es mit dem Akt der Tradition; nicht blos die Bezeichnung quasi traditio, die ganze Sache, der Begriff ist dieser Entwickelungsstufe unbekannt. Das Geben von Hand zu Hand (ἡ ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα μετάθεσις, Theoph.) bei unkörperlichen Sachen erschien auch noch einer viel späteren Zeit (Gaius in Anm. 1.) undenkbar. Das Genauere hiervon später; nur ein paar sich daraus ergebende Folgerungen gehören hierher. Erstens: weil man den Begriff von quasi traditio nicht kannte, deshalb kann auch in jener mancipatio und in iure cessio, wodurch die alte Zeit Servituten bestellt, eine quasi traditio nicht enthalten sein.[3] Zweitens: wenn sich von einem ius in re aliena nachweisen läßt, daß es älter sei als Gaius, so muß es ursprünglich unter Lebenden in einer anderen Form bestellt worden sein, als durch quasi traditio.

---

wie Löhr u. A. wollen, als auf die servitutes praediorum urbanorum beschränkt. Denn das, worauf es hier ankommt, ist die Möglichkeit des usus. Nun aber ließ sich uti itinere, uti aedibus mindestens ebensogut denken und sagen, wie uti iure ne luminibus officiatur; und es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Erwerb der Servitut durch usus in engere Grenzen sollte eingeschlossen gewesen sein, als ihr Verlust durch non usus. Jene Löhr'sche Ansicht würde daher einer ganz positiven Begründung bedürfen. Dazu ist Fr. 4 § 29 de usurpationibus, bekanntermaßen die einzige Stelle, welche von dieser usucapio redet, nicht entfernt geeignet; Fr. 14 de servitutibus aber kommt, weil von der Zeit nach der Scribonia lex redend, gar nicht in Betracht.

3) Uebrigens gehört auch bei der Eigenthumsübertragung durch mancipatio (trotz Cicero's Bezeichnung als traditio nexu) oder in iure cessio Besitzesübertragung keineswegs zum Wesen des Rechtsakts. Durch mancipatio kann man Grundstücke in das Eigenthum übertragen, ohne sich bei denselben zu befinden, Gai. I, 121. Ulp. XIX, 6, daher auch noch nach jenem Akt die actio emti erheben auf nachträgliche Besitzesübertragung, Gai. IV, 134. Die in iure cessio ist ein Stück der legis actio sacramenti: also ebenfalls möglich für Solche, die bei dem Grundstück sich nicht befinden.

Der Prätor erweitert diesen engen Kreis des civile ius nach zwei Seiten hin. Einmal schafft er neue, dem Civilrecht unbekannte Formen des Rechts an fremder Sache. Zweitens erkennt er Servituten in einer Reihe von Fällen an, wo nach Civilrecht keine bestehen.

Was zuerst die neuen Schöpfungen dieser Art betrifft, so gibt es deren drei: hypotheca (woran das pignus sich schließt), das Recht an der superficies, das Recht am ager vectigalis. Diesen neuen Instituten von dinglichem Charakter ist namentlich folgendes gemeinsam.

1., Die Grund legende Thätigkeit des Prätors besteht in der Gewährung der dinglichen Klagen: Serviana actio,[4] utilis rei vindicatio.[5] Erst die Wissenschaft übersetzt das in Rechte.[6]

---

4) Diese Serviana actio wurde bekanntlich für einen bestimmten einzelnen Fall der Hypothek eingeführt, von diesem allmälig auf alle Fälle derselben, desgleichen auf das pignus übertragen (actio quasi Serviana, hypothecaria, pignoratitia in rem actio).

5) Der Superfiziar, nach der Auffassung des civile ius ein simpler Miethsmann (Fr. 3 § 3 de operis novi n.), wird zu einem dinglich Berechtigten durch das prätorische Edikt erhoben. Dieses nämlich fährt nach Aufstellung des interdictum de superficiebus also fort: si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo. Während die hier angekündigte causae cognitio sich darauf bezieht, daß die locatio conductio nicht blos für eine kurze Zeit geschlossen sei (Fr. 1 § 3 de superficiebus), umfaßt der Ausdruck alia actio überhaupt alle, dem Eigenthümer eines Gebäudes möglicher Weise zustehende, hier utiliter zu gewährende Klagen (Fr. 1 § 3—9 de superf. Fr. 12 § 1. 2 de publiciana. Fr. 3 § 3 de operis n. n. Fr. 39 § 2 de damno infecto); namentlich und vor Allem ist darin die den dinglichen Charakter ausfüllende utilis rei vindicatio enthalten (Fr. 73 § 1. Fr. 74. 75 de rei vindicatione. Fr. 16 § 2 de pign. act. Fr. 1 § 3. 6. de superfic.). Die Art, wie das Recht am vectigalis ager sich entwickelte, liegt quellenmäßig nicht ganz klar vor; aber alles, was uns mitgetheilt wird, weist auf den gleichen Entwickelungsgang hin. Der colonus des Grundstücks wird dadurch zum dinglich Berechtigten, daß ihm das prätorische Recht die utilis rei vindicatio gewährt (Fr. 1 § 1 si ager vectigalis. F. 66 p. de evictionibus. Fr. 5. § 3 arborum furtim caesarum).

6) So Gaius in Fr. 19 p. de damno infecto (Gaius ad edictum praetoris urbani, titulo de damno infecto): hier wird gesagt, daß die bona fide

2., Weil diese Rechte nicht auf civilem Boden erwachsen sind, deshalb sind sie weder für das Subjekt noch für das Objekt an die civilen Schranken gebunden.

3., Anlangend die Bestellung dieser drei prätorischen dinglichen Rechte unter Lebendigen, so ist die Begründung des pignus durch Tradition, die der hypotheca durch einfachen Vertrag außer Zweifel. Für die beiden anderen Rechte wird traditio nirgends als nothwendig hingestellt;[7] vielmehr finden wir in beiden Fällen die dingliche Klage klar und deutlich unmittelbar an die locatio conductio angeknüpft.[8] Diejenigen, welche nichtsdestoweniger auf der Nothwendigkeit der Tradition beharren, sollten zunächst bestimmt sagen, was sie meinen. Iuris quasi traditio kann es nicht sein; denn jene Rechte sind entschieden älter als dieser Begriff.[9] Die Mög-

Abwesenden noch nach ihrer Rückkehr zur cautio zugelassen werden, sive domini sint sive aliquod in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius. Dieselbe Stelle des Gaius haben die Kompilatoren ein zweites Mal benutzt; sie wird nämlich durch bedeutende Umbildung auf die noxales actiones bezogen als Fr. 30 de noxalibus actionibus (da von einer Noxalklage wider den Superfiziar nicht die Rede sein kann, so ist dieser hier weggelassen). Ulpian in Fr. 71 § 5 de leg. I sieht in dem Recht am ager vectigalis ein ius in eo fundo (Cfr. fr. 3 § 4 de rebus eorum). Was die Benennung der durch prätorische Klagen hervorgerufenen dinglichen Rechte betrifft, so wird da, wo die prätorische Klage im Wesentlichen den Gesammtinhalt des civilen Rechts repräsentirt, der civile Name beibehalten (duplex dominium, praetoria servitus); wo dagegen die der civilen nachgebildete Klage nur einen Theil des civilen Inhaltes hat, da bekommt das neue Recht einen eigenen Namen: so die Rechte an der superficies, am ager vectigalis trotz ihrer utilis vindicatio; die Bezeichnung als dominium wird diesen erst in einer verhältnismäßig späten Zeit zu Theil, C. 12 de fundis patrim.

7) Nur als Vorbedingung für die Publiciana actio wird sie erwähnt: Fr. 12 § 2. 3 de publiciana.

8) Fr. 1 § 1 si ager vectigalis. Fr. 66 de evictionibus. — Fr. 1 § 3 de superficiebus. Fr. 3 § 3 de operis novi nuntiatione. Du Roi im Archiv VI. p. 397. Schröter in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß II p. 293. Rudorff in der Zeitschrift für gesch. Rs. W. XI p. 235.

9) Für den Einsichtigen bedarf das kaum eines Beweises. Jene das dingliche Recht begründenden Klagen sind schon deshalb älter als Gaius weil sie auf dem edictum perpetuum beruhen. Ueberdies zählt schon dieser Jurist den Su-

lichkeit der traditio possessionis im eigentlichen Sinne hängt von der Vorfrage ab, ob Superfiziar und Emphyteuta corporis oder iuris possessio haben:[10] wer lediglich die letztere statuirt, dem

---

perfiziar zu den dinglich Berechtigten: Fr. 19 de damno infecto; vgl. Fr. 86 § 1 de leg. I. Lex thoria cap 46, Seneca ep. 88. Was das Alter des ager vectigalis betrifft, so erzählt z. B. Livius (31, 13) einen Fall, wo im Jahr 550 d. St. ager publicus als vectigalis so hingegeben wird, daß der freie Wechsel von Hand zu Hand und Unkündbarkeit von Seiten des Staats vorhanden sind; deshalb wird auch das Geschäft als Kauf bezeichnet. Bei Plinius (ep. VII, 18) erkennt man das vollkommen ausgebildete Institut.

10) Von der Natur des dem Superfiziar zukommenden Besitzes wird in einem anderen Zusammenhang später die Rede sein. Ueber den Besitz am ager vectigalis sind unsere Quellen auffallender Weise außerordentlich dürftig. 1., Schon das Verhältnis des als vectigalis hingegebenen ager publicus ist nicht außer Zweifel. Während die herrschende Meinung die gewöhnlichen possessorischen Interdikte als die dem Inhaber zukommenden Schutzesmittel bezeichnet, verwirft Puchta (Institutionen II § 227) ihre Brauchbarkeit und nennt statt derselben das interd. de loco publico fruendo. Das letztere, so lautend: quominus loco publico, quem is cui locandi ius fuit, fruendum alicui locavit, ei qui conduxit sociove eius e lege locationis frui liceat, vim fieri veto kann nicht füglich für diesen Fall eingeführt sein, weil locus nicht Grundstück, sondern Platz, Stück eines Grundstücks im eigentlichen Sinne bedeutet (wäre es dafür eingeführt, so war quominus agro publico der natürliche Ausdruck; es ist durchaus uneigentlich, wenn die spätere Zeit unter dem locus publicus auch den ager publicus versteht. Fr. 2 § 3 ne quid in loco publico); weil es ferner ein sehr ungünstiges Rechtsmittel ist, denn gegen wen immer erhoben, fordert es den Beweis von zwei Dingen, nämlich daß das Grundstück die Qualität des öffentlichen Landes habe und daß der Kläger es vom Staat gepachtet. Wem es nicht entgeht, daß das Verhältnis zum ager publicus nicht blos, wie Puchta will, im vulgären, sondern auch im technischen Sinne possessio heiße, (Huschke über die Stelle des Varro p. 75 ff. Marquardt III, 1 p. 317), dem wird die Anwendbarkeit der gewöhnlichen Besitzesinterdikte unzweifelhaft erscheinen; denn die in den Worten Uti eum fundum possidetis und Unde tu illum vi deiecisti, quum possideret aufgestellten Requisite sind vorhanden. [Rudorff in der ZS. für geschichtl. Rechtsw. XI p. 338—40 und in seiner Ausgabe der Puchta'schen Institt. a. a. O. vertritt die hier vertheidigte Ansicht ebenfalls. Dagegen das interd. de loco publico fruendo nimmt er für die Societäten der Publikanen in Anspruch; sie hätten vermöge desselben das gepachtete vectigal eingetrieben. Rudorff also glaubt mit Einigen, z. B. Walter I p. 274, loco publico frui bedeute

kann die zur Begründung des dinglichen Rechts erforderliche Tradition nichts anderes sein, als das Hingeben der dienenden Sache

---

zuweilen und so auch hier: den Genuß der Grundzinsen haben, nicht aber den Genuß des Bodens selbst. Aber das bedeutet es nicht einmal in den dafür angeführten Stellen der Klassiker (vgl. Marquardt III p. 142); am allerwenigsten machen sich Gesetz und Edikt einer solchen, jeder Verwechselung Raum gebenden, nachlässigen Ausdrucksweise schuldig, wie der sorgfältige Herausgeber der lex thoria zu erkennen die beste Gelegenheit hatte; denn in dieser wird agris, locis frui von dem vectigalibus frui ganz bestimmt unterschieden. Ferner: da das Interdikt prohibitorisch ist, so würden sich die Publikanen das vectigal ohne weiteres nehmen dürfen. Zu dieser seltsamen Meinung hat sich Rudorff durch Fr. 1 § 1 de loco publico fruendo bestimmen lassen, wo es nach unseren Ausgaben heißt: Interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi palam est; tuetur enim vectigalia publica, dum prohibetur quis vim facere ei, qui id fruendum conduxit. Aber wie in aller Welt kann id fruendum auf vectigalia publica sich beziehen? hat es doch überhaupt gar keinen Sinn. Ich hoffe, Rudorff selbst werde von dieser Auslegung zurückkommen nach Betrachtung folgender ungemein einfachen Texteskorrektur: tuetur enim vectigalia publica, dum prohibetur quis vim facere ei, qui quid fruendum conduxit. Das häufige Vorkommen von quid nach dem Relativum ist bekannt; Festus s. v. Manceps dicitur, qui quid a populo emit conducitve] — 2., An dem Provinzialboden hat der Privatmann nach den Grundsätzen des civile ius gar kein Recht; denn Eigenthümer ist der Staat oder der Kaiser, welche ihr Eigenthum Niemandem übertragen. Die Befugnis des einzelnen Inhabers bezeichnet Gaius (II, 7) als possessio et ususfructus und Theophilus (II, 1 § 40) drückt sich, dem Vorbilde jenes Juristen folgend, darüber so aus: *εἶχον τὴν ἐπ' αὐτοῖς χρῆσιν καὶ ἐπικρατίαν καὶ πληρεστάτην κατοχὴν, ὥστε δύνασθαι μεταφέρεσθαι καὶ κληρονόμοις προπέμπειν.* Unter diesem ususfructus ist weder die civile Personalservitut noch ihre prätorische Nachbildung zu verstehen; denn das Recht ist überhaupt nicht den Beendigungsgründen des ususfructus unterworfen, es ist veräußerlich und vererblich, die Klage ist nicht die utilis confessoria sondern eine utilis vindicatio ex aequo. Gaius gibt eine Beschreibung des thatsächlichen, materiellen Inhalts. Possidere bedeutet das Haben der Sache, uti frui das Gebrauchen und die Fruchtziehung; gerade wie die tabula heracleensis l. 68—72 dem Vectigalpächter an den, ihm kraft der lex locationis eingeräumten loca publica ein uti frui beimißt, ohne im entferntesten an den technischen ususfructus zu denken, und wie jener Ausdruck in der lex rubria häufig genug gebraucht wird. Weil nun nach Auffassung der römischen Juristen der Inhaber des Provinzialbodens possessor, deshalb steht auch der Anwendung der eigentlichen possessorischen Interdikte ein Hindernis nicht entgegen. Alles das bestätiget im

in die Detention. Im Ganzen wird die Lösung der Hauptfrage von der Art abhängen, wie man die gleiche Frage für die Servituten beantwortet: wer in dem einen Falle die Nothwendigkeit der traditio läugnet, der wird keinen Grund haben, sie in dem andern zu vertheidigen.

4., Jene oben erwähnten Sätze, welche die Jurisprudenz als Grund legende an den Servituten entwickelt hat, haben, soweit sie aus der Natur des dinglichen und insbesondere des Rechts an fremder Sache folgen, auch für diese neuen prätorischen Rechte volle Gültigkeit. Das Prinzip servitus in faciendo consistere non potest ist bei Pfand, superficies und ager vectigalis eingehalten, wenn auch die Gelegenheit, es besonders zu entwickeln, hier nicht hervortrat. Das andere: nemini res sua servit hat sogar seine vollkommen praktische Seite; denn daß Pfand, superficies und emphyteusis erlöschen, sobald sie mit dem Eigenthum in demselben Subjekt zusammentreffen, ist eben nichts anderes als dieser Satz.[11] Dagegen beginnt die Scheidung mit jenen Sätzen, welche nicht als Ableitungen aus der allgemeinen Natur des ius in re aliena, sondern als für die Servituten insbesondere charakteristisch erscheinen. Das Erfordernis der perpetua causa fällt schon deshalb weg, weil diese neuen Rechte den persönlichen Servituten zur Seite stehen, nicht den dinglichen. Superficies und Emphyteusis sind ferner nicht an das Individuum des ersten Inhabers gebunden, vielmehr frei veräußerlich und vererblich gleich dem Eigenthum und gleich diesem

---

Ganzen auch Agennius Urbicus p. 63, der bestimmt nicht daran denkt, die possessorischen Interdikte in Abrede zu stellen (das nahm an Rudorff a. a. O. p. 338; in den gromatischen Institutionen p. 317 scheint er davon zurückgekommen zu sein). — 3., Nach solchen Vorgängen die unmittelbare Anwendbarkeit der possessorischen Interdikte auf den ager vectigalis im Sinne der Pandekten läugnen, das wäre offenbar ganz unberechtigter Skepticismus.

11) Res servit läßt sich bei jedem dinglichen Rechte an fremder Sache sagen; das in diesem Ausdruck liegende Bild paßt überall. Es hat deshalb auch nichts verwunderliches, wenn Julian in Fr. 86 § 4 de legatis I die superficies als servitus bezeichnet.

mit Servituten belastbar: also gilt für sie der Satz servitus servitutis esse non potest nicht. Das Pfand dagegen ist zwar nicht im eigentlichen Sinne veräußerlich d. h. von der Forderung, für welche es bestellt wurde, nicht in der Art durch den Gläubiger lösbar, daß er es auf die Forderung eines Andern übertrüge. Allein man kann an seinem Pfand einem dritten Gläubiger ein Pfandrecht vollkommen gültig bestellen und es verstößt dieses pignus pignoris gegen den Satz: non potest esse servitus servitutis.[12]

Die zweite[13] oben hervorgehobene Richtung der prätorischen Thätigkeit ergreift das civile Institut der Servituten selber. Hier wie auf anderen Gebieten unterstützt, ergänzt und ändert der Prätor das Civilrecht. Folgende sind die Hauptmomente der Entwickelung.

1) Wie der Prätor dem Eigenthum die corporis possessio selbstständig gegenüberstellt, derselben eigene Schutzmittel gewährend: ebenso schützt er den die Servitut faktisch Uebenden durch Interdikte. Er begann damit, daß er für einzelne Servituten besondere Interdikte erließ, und zwar in natürlicher Weise mit den ältesten von allen, den servitutes praediorum rusticorum. Für die Besitzer von Wege- und Wassergerechtigkeiten nämlich gab er er eine Anzahl einzelner Interdikte. In einer späteren Zeit wendete er durch einen eigenen Ausspruch im Edikt die beim körperlichen Besitz geltenden Interdikte utiliter auf die personales servitutes an. Niemals hat er für irgend eine servitus praedii urbani ein eingenes Be-

12) Der zweite Pfandgläubiger übt das fremde Pfandrecht aus eigenem Recht; seine Klage trägt die Gestalt der utilis actio (Fr. 13 § 2 de pign. C. 1 si pignus pignori). Wird die Forderung des zweiten Pfandgläubigers getilget, so übt regelmäßig der erste sein Pfandrecht wiederum schrankenlos.

13) Nicht der Zeit nach, sondern der Art nach. Zu den ältesten prätorischen Schöpfungen auf diesem Gebiete werden die Interdikte zum Schutz im Besitz gehören; von diesen fällt wiederum das de superficiebus deshalb in eine spätere Zeit, weil es die Nachbildung eines anderen Interdikts ist.

sitzesinterdikt erlassen.[14] Ob hier und in den nicht mit eigenen Interdikten bedachten Fällen der servitutes praediorum rusticorum das interdictum Uti possidetis schon von den Römern utiliter angewendet worden sei, ist bekanntlich eine viel besprochene Streitfrage. So viel ist gewiß, daß das römische Recht sichtlich nach dieser Entwickelung hindrängt und daß, wäre irgend ein Bedürfnis kräftig hervorgetreten, der Prätor zuversichtlich hier so wenig wie anderswo die analoge Anwendung dieses Interdiktenschutzes würde verweigert haben.[15] Für uns aber kommt es keineswegs blos darauf an, zu erkennen was die Römer gethan, sondern vornehmlich auch darauf, daß wir ihre Methode begreifend und in uns aufnehmend, das heutige römische Recht nach unsern Bedürfnissen in ihrem Geiste gestalten. — Dabei verdient der prätorische Sprachgebrauch eine besondere Berücksichtigung, weil von materieller Bedeutung. Der Prätor, welcher zum ersten Mal den Besitz an körperlichen Dingen von dem an unkörperlichen scheidet, unterscheidet auch in dem Sprachgebrauch seiner Interdikte. Von den körperlichen Dingen sagt er gewöhnlich possidere,[16] niemals uti. Dagegen bei unkörperlichen behält er das civile Wort uti regelmäßig bei[17] oder er bezeichnet sofort die besondere, in Frage stehende Art des usus mit dem entsprechenden Wort.[18] Possidere gebraucht er von unkörperlichen Dingen niemals; die Grundbedeutung des potis und sedere war noch zu lebendig im Sprachgefühl, wenn auch vielleicht nicht mehr im Sprachbewußtsein. Wo irgendein von der possessio redendes Interdikt auf incorporales res angewendet werden soll, da hält der

---

14) Denn das interdictum de cloacis ist kein possessorisches. Vergl. Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. XV p. 80—84.

15) Wurde doch dem ein maris proprium ius Habenden das interdictum Uti possidetis unbedenklich de iure fruendo gewährt: Fr. 14 de iniuriis.

16) Uti eas aedes possidetis. Unde tu illum vi deiecisti, quum possideret. Der Zusammenhang mit dem Sprachgebrauch der alten Zeit wird in so alten Difinitionen aufrechterhalten, wie die des Aelius Gallus bei Festus: possessio est usus quidam agri et aedificii.

17) Quo itinere usus es — Uti de eo fonte aqua usus es —

18) Uti aquam ab illo duxisti —

Prätor eine Veränderung des Ausdrucks für unerläßlich.[19] Und nicht blos das Edikt, auch die leges dieser Zeit halten diesen Sprach=

---

19) Folgende sind die wichtigsten Beispiele. 1) Wenn das in seiner gewöhnlichen Fassung nur gegen den qui possidet gerichtete interd. Quod legatorum gegen Denjenigen gegeben werden soll, dem der usus fructus legirt worden ist, so bedarf es — quia non possidet legatum sed potius fruitur — eines utile interdictum mit der erweiternden Fassung: quod de his bonis legati nomine possides quodque uteris frueris (Vat. Fr. §. 90). 2) Gerade weil possidet nicht von ihm gesagt werden kann (quia non possidet), erhält der Usufruktuar ein utile interd. Uti possidetis (Vat. Fr. § 90. Die Formel wird gelautet haben: Uti eo fundo utimini fruimini). 3) Weil aus dem gleichen Grunde folgeweise auch nicht vom ihm behauptet worden kann se deiectum esse, deshalb erhält er ein utile interdictum Unde vi, in welchem an die Stelle der Worte unde tu illum vi deiecisti gesetzt wird si tu illum uti frui prohibuisti [Vat. Fr. § 91. Von diesem utile interdictum des Usufruktuars spricht Fr. 3 § 13—18 de vi, und zwar erläutert hier Ulpian die entscheidenden Worte: uti frui prohibere. Noch in § 12 wird von dem directum interdictum gehandelt. Hierauf § 13: Unde vi interdictum necessarium fuisse fructuario apparet, si prohibeatur uti frui usufructu fundi. Es ist klar, daß hier ein Fehler verborgen sein müsse: Ulpian will nicht sagen „dem Usufruktuar war das interd. Unde vi Bedürfnis;" seine Meinung ist „weil für ihn das gewöhnliche Unde vi unbrauchbar war, deshalb war für ihn ein eigenes mit der Fassung si prohibitus sit uti frui Bedürfnis." Wahrscheinlich schrieb Ulpian: Unde vi utile interdictum necessarium fuisse fructuario apparet Das eingeschobene Wort welches auch sonst zuweilen von den Schreibern ausgelassen wurde, konnte gerade nach den Worten Unde vi leicht übersehen werden. Einen anderen Ausweg, der aber manches gegen sich zu haben scheint, schlägt vor Rudorff in der Zeitschr. für geschtl. Rechtsw. XI p. 232]. 4) Dieser Zusammenhang löst, wie ich glaube, die über die Natur des an der superficies geübten Besitzes bestehende Streitfrage. Wenn der Prätor bei dem interd. de superficiebus (einer ganz entschiedenen Nachbildung des Uti possidetis: Fr. 1 § 2 de superf.) sich veranlaßt sieht, anstatt des nächstliegenden Uti superficiem possidetis zu sagen Uti superficie fruimini, so thut er das offenbar auf Grund derselben Erwägung: quia non possidet superficiem, sed potius fruitur, er sieht also in dem Besitz des Superfiziars keine corporis possessio. [Savigny hat bekanntlich die quasi possessio von jeher angenommen. Auf das eben gebrauchte Argument deutet zuerst Rudorff a. a. O. hin. (Der Einwand, welchen Böcking, Pandekten I. p. 471, gegen das letztere geltend macht, ist mir nicht klar). Daß der Superfiziar keine corporis possessio habe, stimmt auch allein mit den Grundsätzen des Besitzes.

gebrauch ein.[20] Dagegen faßt die klassische Wissenschaft beides, den Besitz an körperlichen und den an unkörperlichen Dingen, in dem einen Worte possidere wiederum zusammen. Zunächst in der Art, daß sie an den letzteren ein der possessio analoges Verhältnis annimmt, quasi possessio;[21] bis man endlich in weniger genauer Rede auch hier einfach sagt possidere.[22]

Den Besitz der superficies ohne den Boden, mit welchem sie zusammenhängt, halten die Römer für unmöglich: Fr. 15 § 12 de damno inf.; der Besitzer des Bodens hat auch den körperlichen Besitz des Gebäudes. Deshalb kann der Superfiziar corporis possessio nicht haben: denn dann wäre — was man auch zur Beseitigung dieses Einwandes vorgebracht haben mag — in Bezug auf die superficies possessio plurium in solidum vorhanden. Dasselbe ergibt sich aus Fr. 3 § 7 uti possidetis; denn da hiernach bei dem zwischen dem dominus fundi und dem Superfiziar schwebenden interd. Uti possidetis, sofern eine besondere exceptio nicht gegeben ist, der erstere siegt, so folgt, daß der letztere nicht sagen könne possideo].

20) Die lex Plautia entzog die res vi possessae der Usukapion (daß das ihr Ausdruck war, dafür Gai. II, 45; § 2 I. de usucapionibus; Fr. 33 § 2 de usurpationibus). Nun sagt Paulus in Fr. 4 § 27 de usurpationibus: Si viam habeam per tuum fundum et tu me ab ea via expuleris, per longum tempus non utendo amittam viam, quia nec possideri videtur ius incorporale nec de via quis, id est mero iure, detruditur. Die Meinung ist: der Untergang des ius viae durch non usus wird dadurch nicht verhindert, daß der dominus fundi den Servitutenberechtigten mit Gewalt vom Wege vertrieb. Denn die lex Plautia entzieht zwar die res vi possessae der usucapio und folgeweise dem Untergang durch non usus; allein hier liegt weder eine res possessa vor — quia nec possideri videtur ius incorporale — noch auch, das einmal vorausgesetzt, eine vi possessa — quia nec detruditur quis de via, id est mero iure. Weil man diese Beziehung auf die lex Plautia außer Acht ließ, deshalb hat man in dieser Stelle besondere Schwierigkeiten gefunden. Vergl. Francke, civilistische Abhandlungen, p. 157 ff.

21) So schon Javolenus in Fr. 20 de servitutibus, desgleichen Gaius IV, 139: — quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur.

22) Z. B. Paulus in Fr. 20 de servit. praed. urb. Besonders weit geht Ulpian in Fr. 1 § 8 quod legatorum. Hier sagt er, gegen Denjenigen, der sich eigenmächtig in den Besitz einer legirten Servitut gesetzt hat, verlange man zwar gewöhnlich ein utile interdictum (das in Anm. 19 besprochene): quod neque ususfructus neque usus possidetur; es lasse sich jedoch allenfalls auch die Anwendung des gewöhnlichen, lediglich gegen den possessor gerichte-

2) Der Prätor, von der Jurisprudenz wesentlich unterstützt, durchbricht die von dem alten Civilrecht für die Servituten entwickelten Rechtsregeln soweit, als sie als Hemmnisse einer freien Entwickelung des Rechts entgegenstehen. Als ein solches ist der Satz servitus in faciendo consistere nequit zu keiner Zeit erschienen.[23] Ebenso wenig hat man den andern Satz nemini res sua servit jemals verletzt. Diese beiden aufgeben, wäre mit Vernichtung des Begriffs der Servituten gleichbedeutend gewesen. Nur wo die letzte Regel zu einem, in der aequitas nicht begründeten Untergang von Rechten führte, da half der Prätor durch die Annahme einer

---

ten vertheidigen. Hier also überträgt er den freieren Sprachgebrauch seiner Zeit auf das prätorische Interdikt (obgleich er wohl weiß, daß dieses anders gemeint ist), lediglich der Bequemlichkeit wegen. Die gleiche Freiheit des späteren Sprachgebrauchs bemerken wir bei Paulus (Fr. 9 § 1 de vi. Fr. 60 p. de usufr.), wenn er trotz den Vat. fragm. § 91 und dem daselbst angeführten Edikt den Usufruktuar ohne Umstände als einen deiectus bezeichnet.

23) Auch die servitus oneris ferendi verletzt diesen Grundsatz nicht. Denn wenngleich gegen die Ansicht von Gallus auf die Auktorität von Servius der jedesmalige Eigenthümer des dienenden Grundstücks die tragende Mauer in baulichem Zustande zu erhalten hat und wenngleich demgemäß die confessoria den Zusatz erhalten kann ius Aulo Agerio esse cogere Numerium Negidium reficere parietem (vergl. Savigny's Zeitschrift XV p. 157): so liegt doch nichts anderes vor, als eine mit dem dinglichen Recht verbundene, demselben untergeordnete, völlig nebensächliche Obligation. Eine Servitut mit dem ausschließlich auf die Pflicht zur Reparatur einer Wand gerichteten Inhalt war zu keiner Zeit denkbar. So faßt die Sache schon Vangerow I p. 830. Nur einzelne Stimmen gehn so weit zu läugnen, daß in der Pflicht zur Reparatur überhaupt ein facere zu sehen sei; am bestimmtesten Böcking (Pandekten II. p. 205), theilweise nach Puchta's Vorgang. Die servitus oneris ferendi fordere — anders als die übrigen ähnlichen z. B. die tigni immittendi — von dem dienenden Grundstück die Eigenschaft eines tragenden, wozu dieses eben nur als idoneus paries fähig sei: darin nun liege nur ein pati, kein praestare. Ich halte das für ein Umgehen der Sache durch den Ausdruck. Denn von dem dienenden Grundstück die Eigenschaft eines tragenden verlangen, heißt hier weiter nichts, als von dem Eigenthümer verlangen, daß er die Mauer im Stand halte, ut faciat aliquid: und dafür spricht auch meines Erachtens unwiderleglich die schon erwähnte formula actionis, weil sie vom Beklagten geradezu ein reficere parietem verlangt, wovon Niemand sagen wird, es sei kein facere.

Obligation auf Neubegründung.[24] Auch der zweite Satz, wonach die Servitut unveräußerlich an das berechtigte Subjekt gebunden ist, wurde nie verlassen.[25] Dagegen wurden diejenigen Sätze, welche nicht den Charakter einer inneren Nothwendigkeit, sondern den einer äußeren Willkür an sich tragen, von dem prätorischen Recht und den in seinem Geist erfolgenden Weiterbildungen soweit praktisch nothwendig beseitiget. In dieser Art machte man das Prinzip servitus servitutis esse non potest theils durch Umwege unschädlich — so in seiner zweiten, oben angegebenen Bedeutung[26] — theils

---

24) Wenn der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks den Eigenthümer des dienenden beerbt, so erlöscht nach dem fraglichen Grundsatz die Servitut; soll er nun kraft Legats die ehemals dienende Sache einem Dritten herausgeben, so hat dieser nach civile ius jene als eine servitutenfreie zu erhalten: allein der Prätor, das sachgemäße Prinzip anerkennend fundus legatus talis dari debet qualis relictus est, verlangt die Wiederherstellung der untergegangen Servitut durch den Legatar und gibt deshalb dem Erben exceptio doli wider die Legatsklage. Auch in dem umgekehrten Falle hilft er in ähnlicher Weise: Fr. 18 de servitutibus. Fr. 116 § 4 de legatis I. Ein anderes Beispiel bringt Fr. 57 § 1 de aedil. edicto. Nicht hierher gehört Fr. 57 p. de usufructu.

25) Nicht vom civile ius; denn dieses war immer darüber einig, daß die in iure cessio servitutis das Recht an einen Dritten nicht übertrage. Nirgends durch das prätorische Recht; denn die Verpfändung des bestehenden Usufruktus durch den Usufruktuar ist lediglich die Verpfändung seiner Ausübung gerade wie der Verkauf, mit welchem sie auf dieselbe Lienie gestellt wird: Fr. 11 § 2 de pignoribus. (Freilich tauchen über diesen Punkt auch in der neuesten Zeit wieder irrige Ansichten auf.) Die vom Eigenthümer vorgenommene Verpfändung einer noch nicht bestehenden Servitut bringt, wie man seit Büchel ziemlich allgemein die Sache auffaßt, das Recht der Servitut erst in der Person des vom Pfandgläubiger Kaufenden zur Entstehung: also wird die bestehende Servitut auch hier niemals veräußert.

26) Hauptsächlich hierher gehört Fr. 1 de usu et usufr. legato (Paulus): Nec usus nec usufructus itineris, actus, viae, aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest; nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium quae in bonis sint usufructus legari possit, quia id neque ex bonis neque extra bona sit Sed incerta actio erit cum herede, ut legatario quamdiu vixerit eundi, agendi, ducendi facultatem praestet aut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut, si decesserit legatarius vel capite deminutus ex magna causa fuerit, restituatur. (Daß die Stelle von dem vorausgesetzten Falle rede, zeigt ihr Schluß. Zu id,

durchbrach man es geradezu: so in seiner ersten Bedeutung.[27] Und ganz dasselbe Schicksal der theilweisen Beseitigung hatte endlich der Satz omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere

---

wie man wohl gethan hat, servitus hinzu denken, ist nicht blos sprachlich sondern auch sachlich unmöglich, weil eine servitus ganz ohne Frage in bonis ist; der Jurist hat legatum im Sinn, er meint, weil usus fructus servitutis etwas rechtlich unmögliches ist, deshalb ist ein solches Legat weder ex bonis noch extra bona. Vergl. Böcking a. a. O. p. 229). Also das vom Eigenthümer bestellte legatum usus fructus itineris ist weder nach dem alten civile ius noch nach dem Recht des Senatuskonsults zulässig. Allein der Wille des Erblassers, dahin gehend daß der Bedachte das ius itineris habe solange er lebt, wird der aequitas gemäß, und zwar ohne Verletzung des fraglichen civilen Prinzips, in zweifacher Form aufrecht erhalten. Die erste besteht darin, daß man eine Personalservitut als eine auf die in die entsprechenden Prädialservitut enthaltenen Befugnisse beschränkte gewährt: Fr. 32 de usufr. Fr. 37 de servitutibus praed. rust. Fr. 6 de servit. leg. und hierauf sind die Worte der obigen Stelle ut legatario quamdiu vixerit eundi facultatem praestet zu beziehen. Der zweite zulässige Weg ist: man gibt die Prädialservitut als eine iure constituta gegen Kaution dahin, daß dieselbe in den Fällen zurück zu erstatten sei, wo der usus fructus aufhören würde: darauf geht der Schluß der obigen Stelle.

27) Zwei Fälle mögen hier hervorgehoben werden. Erstens: wenn einem Grundstück Servituten zustehen, so hat der Usufruktuar auch den Genuß dieser. Nach Julian vindizirt er diese einzelnen Prädialservituten vermittelst ihrer besonderen Klagen suo nomine (Fr. 2 de operis novi nunt. Fr. 1 § 4 de remiss.); dagegen nach Labeo, Nerva, Marcellus, Ulpianus vindizirt er auch in diesem Falle lediglich seinen usus fructus (Fr. 1 p. Fr. 5 § 1 si usus fructus. Fr. 1 § 20 de operis novi nunt.). Es ist klar, daß namentlich in der letzten, herrschenden Auffassungsweise die Anerkennung eines usus fructus itineris u. s. w. ausgesprochen liege. Zweitens: wenn dem mit dem usus fructus bedachten Legatar die Pflicht aufgelegt ist, denselben einem Dritten zu restituiren, so ist das nach civile ius nicht ausführbar, theils weil die Servituten dem Rechte nach unübertragbar sind theils weil die Bestellung einer Servitut an einer Servitut, also hier des usus fructus am usus fructus, unmöglich ist. Aber diese Gründe sind doch nur formaler Natur, der Prätor hilft durch praktische Verletzung des zweiten Satzes; er legt dem Legatar die Pflicht auf den usus fructus im prätorischen Sinne zu restituiren. Demgemäß erhält der Fideikommissar suo nomine die utilis confessoria (Fr. 29 § 2 quibus modis usus fr.), er wird also als Einer betrachtet, der nicht fremdes Recht geltend macht sondern eigenes; und deshalb sind die Gründe, aus welchen sein usus-

debent.[28] — Es ist hier wie überall. Die spätere, durch den Prätor hervorgerufene Rechtsbildung unterwirft die Regeln des alten Civilrechts der Kritik von dem Standpunkte ihrer praktischen Brauchbarkeit aus und Alles, was vor dieser nicht besteht, das beseitiget sie, zwar vorsichtig und allmälig aber unbedenklich. So hilft, wo durch capitis deminutio Rechte in unbilliger Weise untergegangen sind, die prätorische Restitution; so wird der innerlich unhaltbare Satz a legatario legari nequit praktisch beseitigt durch das Recht der Fideikommisse; so erkennt man das in bonis esse in Fällen an, wo das quiritische Eigenthum unmöglich. Geradeso verfährt man hier.

---

fructus untergeht (namentlich Tod, capitis deminutio, non usus) auch aus seiner eigenen, nicht aus der Person des Legatars zu beurtheilen (Fr. 4 Fr. 29 § 2 eod. tit. Fr. 29 de usu et usufr. leg.). Andererseits wird durch die Restitution des Fideikommisses der ususfructus des Legatars nach Civilrecht nicht aufgehoben, trotz jener ist der Legatar civiler Usufruktuar; durch seinen Tod, seine capitis deminutio, seinen non usus geht sein civiler ususfructus unter (Fr. 29 § 2 quib. modis. Fr. 29 de usu leg.): und gerade dieser non usus legatarii ist vorhanden, sobald der Fideikommissar im Besitz ist, weil dieser suo nomine fruitur, nicht legatarii nomine. (Dadurch erklärt sich Fr. 29 § 2, wo die Aenderung Haloander's pro te statt des handschriftlichen per te nur ein Beweis davon ist, daß man die Stelle nicht verstand.) Daraus ergibt sich weiter, daß durch den Untergang des prätorischen fideikommissarischen ususfructus der civile des Legatars nicht berührt werde: ob gegen des letzteren vindicatio ususfructus dem Eigenthümer die exceptio doli zu gewähren sei, das hängt von der Absicht des Testators ab und hiernach entscheidet sich auch die Pflicht der cautio usufructuaria: Fr. 9 p. usufructuarius quemad.

28) Es wird gestattet sein auf diesen ziemlich räthselhaften Satz etwas genauer einzugehen. 1) Das Erfordernis der perpetua causa ist für alle Prädialservituten aufgestellt aber auch nur für sie (Fr. 28 de s. p. u. Paul.: — omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent), nirgends für die Personalservituten [Böcking p. 231 sagt dagegen, der Satz trete bei den Prädialservituten nur besonders hervor]. 2) Bei den Prädialservituten macht sich die perpetua causa in doppelter Weise geltend, nämlich in Bezug auf das herrschende und in Bezug auf das dienende Grundstück. [Mit ganzem Recht hervorgehoben von Böcking a. a. O.] 3) Die perpetua causa des dienenden Grundstücks finden wir in Beispielen klar ausgesprochen für die servitus aquaeductus, s. aquaehaustus und die s. navigandi (also eine Wege-

3) Von ganz besonders großer Bedeutung ist der weitere Schritt des Prätors, darin bestehend, daß er die Möglichkeit von Servituten in solchen Fällen statuirt, wo das Civilrecht dieselbe entweder des Subjekts oder des Objekts wegen ausschließt.

---

servitut). Jene verlangen aqua viva d. i. fließendes Wasser und aqua perennis d. i. immerwährend fließendes. (Das letzte Erforderniß ist deutlich aufgestellt in Fr. 1 § 5 de aqua quot. und wird durch Fr. 1 § 3. 4. Fr. 6 keineswegs beseitiget.) Daher sind jene Servituten nicht möglich an lacus, stagnum, puteus, cisterna, castellum (Fr. 28 de s. p. u. Fr. 2 comm. pr. Fr. 1 § 4 de fonte: über das castellum Vitruv. X, 9. Cuiacii obs. III, 28); sie sind es jedoch dann, wenn diese Dinge durch viva aqua gespeist werden (Fr. 1 § 4 de fonte. Fr. 23 § 2 de s. p. r.). Der Mangel der viva aqua wird auch den Grund abgeben, weshalb die servitus aquae per rotam ex flumine tollendae vel hauriendae nach Civilrecht nicht gilt (Fr. 2 communia): das durch ein Rad gehobene und herbeigeschaffte Wasser ist so wenig viva aqua, als das durch ein Rad in ein castellum gebrachte, womit es zusammengestellt wird. Dabei setze ich mit Vangerow p. 809 voraus was überhaupt gewöhnlich, daß nämlich die rota Theil des dienenden Grundstücks sei; wäre sie Theil des herrschenden, so würde der Servitutenberechtigte viva aqua sich aneignen und gar kein Grund für die Ungültigkeit der Servitut ersichtlich sein; denn das Rad selber ist zwar kein für Ewigkeiten gebautes, aber ein die Reparatur ertragendes Ding, so gut wie ein Haus, dem Niemand die Perpetuität abspricht. [Böcking p. 288 sucht eine alte Meinung der Glosse, welche auch Andere, von Glück X. p. 44 angeführte theilen, wieder hervor, wonach hier vom flumen publicum die Rede sein soll. Er beruft sich, weil nur von flumen schlechthin gesprochen wird, auf § 2 I. de rerum divisione: Flumina autem omnia et portus publica sunt; aber dieser Paragraph ist lediglich ein ungenauer Auszug aus Fr. 4 § 1 Fr. 5 de rerum divisione, wo paene omnia zu lesen ist. Das flumen muß privatum sein, weil Ulpian von der servitus aquae hauriendae spricht und in demselben 17. Buch zum Edikt, welchem auch unsere Stelle entnommen ist, den Ausspruch that, eine solche sei am flumen publicum unmöglich: Fr. 3 § 3 de s. p. r.] Auf die perpetua causa des dienenden Grundstücks wird die weitere Beschränkung zurückzuführen sein, daß die s. aquae nur a capite bestellt werden kann (Fr. 1 § 7. 8 de aq. quot. Fr. 9 de s. praed. rust.): denn nur dieses ist die eigentliche causa. Vielleicht steht es ebenso mit dem civilen Satz, wonach die interruptio servitutis die Servitut selbst unmöglich macht d. h. wenn die Ausübung der Servitut einen bestimmten, zusammenhängenden Raum verlangt, so ist sie unmöglich, sofern ein Stück dazwischen liegt, auf welchem sie nicht oder doch nicht ununterbrochen geübt werden kann. (Der aquaeductus wird durch einen dazwischen liegenden

a) Wie er beim Peregrinus Eigenthum anerkennt, so erkennt er demselben auch die Fähigkeit zu, Servituten zu erwerben und zu bestellen.

---

locus sacer oder publicus unterbrochen, denn dem Privatmann ist die Wasserleitung über keinen von beiden gestattet; das iter durch den ersten, nicht durch den zweiten, weil über diesen Jedermann gehen darf; ob eine via durch ein flumen publicum unterbrochen werde, hängt von der Beschaffenheit des letztern ab: hat er einen Furt oder eine Brücke, so besteht keine Unterbrechung, bedarf man dagegen der Fähre, so liegt Unterbrechung vor: Fr. 14 § 2 de servitutibus Fr. 1 p. de serv. pr. urb. Fr. 38 de serv. praed. rust. Fr. 17 § 2. 3 de aq. et aq. pl.) 4) Auch das Vorhandensein der perpetua causa des herrschenden Grundstücks ist zweifellos in den Quellen verlangt. So namentlich ganz entschieden für die s. stillicidii immittendi (Fr. 28 de s. pr. urb.: — Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet; sie gilt nur für Regenwasser). Desgleichen in dem Hauptfall derselben Stelle wo gesagt wird, die Befugnis, das zum Abspülen des Gemachs gebrauchte Wasser durch ein Loch der Wand auf das Nachbargrundstück abzuleiten, lasse sich als Servitut nicht konstruiren, weil ihr die perpetua causa fehle; das sei jedoch möglich, sobald das durchlaufende Regenwasser das genannte Geschäft besorge, denn dieses habe die perpetua causa. [Anders z. B. Vangerow p. 808: der Nachbar kann das Recht auf die Zuführung des gebrauchten Spülwassers nicht als Servitut erwerben. Dagegen: a) die Ausdrucksweise des römischen Juristen, welche den Gedanken an ein Recht des Nachbarn auch nicht einmal andeutet, b) die Seltsamkeit einer solchen Berechtigung c) der Umstand, daß eine solche Servitut schon gegen den Satz servitus in faciendo consistere non potest verstoßen würde, die ausschließliche Berufung auf den Mangel der perpetua causa mithin wenig am Platz wäre, d) der Zusammenhang mit Fr. 29. Vergl. Böcking p. 230.] 5) Nach civile ius kann eine Prädialservitut nicht unter einer Bedingung oder sub die bestellt werden (Fr. 4 de servitt.), während die persönlichen Servituten conditio und dies nach dem alten Civilrecht zulassen (Vat. fragm. § 48. 52. Fr. 16 § 2 fam. ercis. Fr. 6 de usu et ususfr. leg. C. 2 p. de ususfr.). Den Grund dieses Unterschiedes finden Savigny System III p. 225, und Vangerow p. 809 ohne Frage mit Recht darin, daß die causa perpetua ausschließlich ein Erforderniß der ersteren ist. 6) Das Requisit der perpetua causa ist in einzelnen Fällen durch die spätere Gesetzgebung beseitiget. Die s. aquae per rotam ex flumine tollendae, desgleichen die castello imposita gestattet ein Reskript des Kaisers Antoninus (Fr. 2 communia). Der Satz, daß nur ex capite die Wassergerechtigkeit bestellt werden könne, war zu Paulus Zeit nicht mehr in Uebung (Fr. 9 de s. pr. rust.). Den andern, daß die durch einen bestimmten Raum

b) Er gestattet die Bestellung von Servituten am Provinzialboden,[29] überhaupt an Sachen, welche der Einzelne lediglich im

---

sich ausdehnende Servitut nicht unterbrochen sein dürfe, machte man durch Interpretation unschädlich (Fr. 38 de s. p. r.). Dies und conditio werden vom Prätor bei Prädialservituten in der Art zugelassen, daß er ihretwegen gegen die civiliter bestehende Servitut die exceptio pacti vel doli gibt (Fr. 56 § 4 de verb. obl. Fr. 4 de servitt.). Namentlich seit dieser letzten Conzession an die Bedürfnisse des praktischen Lebens war das Fundament des Grundsatzes untergraben; dennoch besteht er, die angegebenen Ausnahmen abgerechnet, im justinianischen Rechte noch fort: an lacus, stagnum, piscina, puteus, cisterna ist die Servitut noch unmöglich u. s. w. Aehnlich wie bei dem Satze ex pacto non datur actio hat der Prozeß der Auflösung begonnen, aber ist nicht zu Ende geführt. 7) Wie hat sich unsere Praxis zu diesem Satze zu verhalten? Die Ueberlieferung desselben ist so unvollkommen, daß wir ihn nicht vollständig verstehen. Wenn dem Recht, unser Spülwasser auf das Nachbargrundstück abzuleiten, die perpetua causa fehlt: warum hat man nie daran gedacht, der s. fumi immittendi dieselbe zu bezweifeln? [Was Böcking p. 230 darüber sagt, genügt ihm selber schwerlich]. Jener Satz ist schlechthin ein Hemmnis der gesunden Entwickelung des Rechts. Warum soll man keine Wasserschöpfgerechtigkeit an einem blos durch Regenwasser gespeisten Teich bestellen können? Warum soll das Recht, das Wasser unseres Goßsteins auf das Nachbargrundstück abzuführen, der dinglichen Natur entbehren müssen? Der gesunde Menschenverstand wartet vergebens auf Antwort. Solche Sätze unserer Praxis aufdrängen wollen, heißt den Rechtssinn des Volks verwirren und die Achtung vor dem Gesetz gefährden. Gar manche engherzige Sätze des civile ius haben schon die Römer praktisch beseitiget; bei andern war, wie schon erwähnt, selbst zu Justinians Zeit die Beseitigung noch nicht ganz gelungen: wir aber handeln vollkommen in dem Geiste der Römer und in unserem eigenen, wenn wir auf dieser Bahn vorwärts gehn.

29) Gai. II, 31. Hierher gehört Vat. fragm. § 61. Diese Stelle setzt zuerst auseinander, daß der usus fructus capitis minutione untergehe und fährt dann fort: Et parvi refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an vero tuitione praetoris: proinde traditus quoque usus fructus, scilicet in fundo stipendiario vel tributario, item in fundo vectigali vel superficie non iure constitutus capitis minutione amittitur. Die kursiv gedruckten Worte hat man fast insgesammt schon seit Mai der lückenhaften Stelle aus Fr. 1 quibus modis usus fr. hinzugefügt. [Die Quelle der Restitution ist ganz sicher, denn beide Stellen haben als Inskription das 17. Buch Ulpians ad Sabinum. Hasse freilich, Rhein. Mus. I p. 114, erklärt sich dagegen weil er der irrigen Meinung ist, die Stelle der Vaticana sei von Paulus. Aber die sämmtlichen Stücke unter Nummer

bonitarischen Eigenthum hat, sowie an der superficies und dem vectigalis ager in Italien.[30]

4) Das prätorische Recht und die sich an dasselbe anlehnenden Rechtsquellen erzeugen drei neue Formen für die Begründung von Servituten: pacta et stipulationes, traditio, diuturnus usus. Der erste und Hauptgrund für diese neuen Formen liegt in dem unter Umständen vorhandenen, absoluten Mangel einer civilen Begründungsform, wo eine solche dringend nothwendig ist. Hierher gehört die Bestellung von Servituten am Provinzialboden pactis et stipulationibus; desgleichen die Zulassung des Erwerbs der Servituten durch diuturnus usus seit der Aufhebung der usucapio.[31]

---

59 bis 64 sind aus Ulpian's genanntem Buch. Die Inskription ohne den Namen des Verfassers gibt § 59; Ulpian's Name ist deshalb gewiß, weil die sämmtlichen erwähnten und mit dem gewöhnlichen Idem verbundenen Stellen in den Pandekten unter Ulpian's Namen und als Auszüge des genannten Buchs sich finden.] Der Zusatz vel tributario ist eine ganz verläßliche Ergänzung Blume's, während die Pandekten den stipendiarius fundus natürlich ebenso beseitiget haben wie den tributarius. Die Ergänzung scilicet rührt von Blume und Buchholtz her, die Pandekten haben davon begreiflicherweise nichts; das Manuskript beginnt nach unseren Ausgaben erst mit licet wieder lesbar zu werden. Ich halte diese Ergänzung für nicht glücklich; denn danach wäre der traditus ususfructus nur dann ein non iure constitutus, wenn er am Provinzialboden bestellt ist, aber er ist es natürlich auch bei italienischem Boden; ferner paßt diese Bezeichnung auf einen jeden am Provinzialboden, nicht blos auf den traditus. Ich vermuthe, im Codex sei libet zu lesen, nicht licet, und die Stelle so zu ergänzen: proinde traditus quoque ususfructus, item quilibet in fundo stipendiario vel tributario vel in fundo vectigali vel superficie, non iure constitutus, capitis minutione ammittitur.

30) Vat. fragm. § 61. Fr. 1 p. quibus modis ususfr. Fr. 1 § 6. 9 de superficiebus.

31) Fr. 10 si servitus. Fr. 1 § 23 de aquae et aquae pluviae. Beide Stellen sind aus dem 53. Buche Ulpian's zum Edikt. Da in der ersten geläugnet wird, daß der diuturnus usus ein eigentliches ius hervorbringe und die resultirende Klage demgemäß die Bezeichnung als utilis actio erhält, so kann in der zweiten nicht, wie unsere gewöhnlichen Ausgaben thun, die auf diesem Wege erworbene Servitut als ein eigentliches ius bezeichnet werden. Es ist daher nicht mit dem Text der Florentina zu lesen habuisse longa consuetudine vel ex iure impositam servitutem videatur, sondern mit der Korrektur derselben velut iure impositam.

Ein zweiter Grund ist die Unfähigkeit der Person zur römischen Form.[32] Ein dritter Grund liegt endlich in der größeren Bequemlichkeit der neuen Formen gegenüber den civilen. So die Anerkennung der Bestellung durch Vertrag in Fällen, wo civile Form zulässig war, desgleichen überhaupt die Anerkennung der Bestellung durch quasi traditio.

5) So wenig als die civile Bestellungsform, ebensowenig war für die neuen Schöpfungen des Prätors die civilis actio brauchbar, denn sie schützt nur civiles Recht. Der mit Nothwendigkeit eintretende prätorische Schutz trägt hier wie sonst die Form der utilis actio,[33] d. h. also die Gestalt einer, der civilen confessoria in der

32) So z. B. kann kein Sklav die Form der in iure cessio vornehmen und die Folge davon ist, daß die Bestellung eines civilen ususfructus an eine juristische Person unter Lebenden überhaupt unmöglich erscheint. Plinius ep. VII, 18. Gaius II, 96. Fr. 56 de usufructu. Savigny System, II p. 289. 90.

33) Fr. 10 Fr. 16 si servitus. Fr. 29 § 2 quibus modis ususfr. Fr. 29 de usu et usufr. leg. Von der superficies redend sagt Fr. 1 § 9 de superficiebus: Servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petentur; sed et interdictum de his utile competet. Vorher heißt es in § 6 nach unsern Ausgaben: Quia autem in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficiem dari, et quasi usumfructum sive usum quendam eius esse, et constitui posse per utiles actiones credendum est. In der That, es kann nicht glänzend um unsere Ausgaben des corpus iuris stehen, wenn sie solchen Unsinn darbieten können, ohne auch nur durch die kleinste Anmerkung zu beweisen, daß sie ihn mindestens bemerkten. Statt des unverständigen petitori quoque in superficiem haben schon Faber und Huschke (Zeitschrift für Civilr. und Pr. XX p. 190) unzweifelhaft richtig restituirt: pignori quoque insuper superficiem. Anstößig ist weiter der Satz et constitui posse per utiles actiones; und zwar nicht sowohl an sich (denn Ulpian spricht auch sonst von einem tuitione praetoris constitutus ususfructus, s. Anm. 41) als vielmehr in diesem Zusammenhang, weil schon in den vorhergehenden Worten die Möglichkeit einer solchen Servitut ausgesprochen ist. Ich vermuthe, es sei zu lesen: et consisti posse per utiles actiones (actione consistere ist bekannt: Fr. 53 de iudiciis. Fr. 13 § 3 de pign. Fr. 9 de liberali causa. Fr. 7 de lege Corn. de falsis. C. 1. de actionibus emti. C. 3 de exceptionibus. C. 1. ad legem Faviam), wodurch ein neuer, verständiger Gedanke hinzugefügt wird.

Art nachgebildeten Klage, daß die Gültigkeit des klägerischen Anspruchs nach Civilrecht nicht unter die Voraussetzungen der condemnatio aufgenommen wird; desgleichen wird, wo die besonderen Erfordernisse dieser Klage vorhanden sind, auch die Publiciana in rem actio gewährt.

6) Jener Gegensatz zeigt sich auch in der Benennung. Die gemäß den Grundsätzen des civile ius begründete und durch civilis actio geschützte Servitut heißt iure,[35] ipso iure,[36] legitime[37] constituta; eine solche Berechtigung wird vorzugsweise als ius,[38] desgleichen als dominium servitutis[39] bezeichnet. Ihr gegenüber steht die praetorio iure,[40] tuitione praetoris[41] constituta; eine solche besteht im civilen Sinne non iure,[42] sie gibt nicht dominium sondern possessio servitutis,[43] keine wirkliche Servitut sondern nur ein dieser analoges Verhältnis, einen quasi ususfructus, quasi usus:[44] aber im prätorischen Sinne ist auch sie ein volles ius.[45]

---

34) Fr. 11 § 1 de Publiciana in rem actione.

35) Vat. fragm. § 61. Fr. 1 p. quibus modis ususfr. Fr. 1 § 9 de superficiebus.

36) Paul. III, 6 § 17. Fr. 4 de servit. Fr. 29 de usu et usufr. leg. Auch iure ipso: Fr. 9 § 1 usufructuarius quemadmodum.

37) Fr. 3 si ususfructus.

38) Fr. 10 si servitus.

39) Fr. 3 si ususfructus.

40) Fr. 1 § 9 de superficiebus.

41) Fr. 1 quibus modis ususfr. Fr. 9 § 1 usufructuarius quemadm.

42) Fr. 1 quibus modis. Uebrigens wird auch der auf dem Senatuskonsult beruhende quasi ususfructus als non iure constitutus bezeichnet in Fr. 11 de usufr. earum rerum.

43) Fr. 3 si ususfructus. Fr. 4 uti possidetis. Savigny Besitz p. 219.

44) Fr. 1 § 6 de superficiebus.

45) Gai. II, 31. Fr. 2 communia praed. Fr. 10 p. si servitus.

I.

Pacta et stipulationes.

Durch Jahrhunderte hat in der civilistischen Litteratur das Axiom gegolten, durch Verträge können zwar Obligationen begründet werden, niemals aber ein dingliches Recht; und noch heute, trotz dem gegen diesen Satz von gewichtigster Seite erhobenen, entschiedenen Widerspruch,[46] lesen wir bei einem hochangesehenen Lehrer des römischen Rechts, dingliche Sevitutenrechte durch blose Verträge entstehen zu lassen, sei civilistisch unmöglich.[47] Es fragt sich zuerst, was bedeutet diese civilistische Unmöglichkeit? Da der Gesetzgebung die Macht, eine derartige Bestimmung zu treffen, natürlich nicht abgesprochen werden kann,[48] so wird sich die Meinung darauf beschränken, es sei nicht wahrscheinlich, daß jene es gethan, weil ein solcher Satz mit anderen anerkannten Grundsätzen des römischen Rechts in Widerspruch stehe.[49] Vangerow sagt: „das Wesen eines jeden Vertrags — sei es pactio oder stipulatio — besteht in einem Versprechen, und die Klage, die aus einem solchen Vertrage hervorgeht, kann schlechterdings nur darauf gerichtet sein, daß der andere Paziszent oder sein Universalsuccessor, dieses Verspre-

---

46) Savigny, System III § 140. 141. Puchta, Pandekten § 54. Böcking Pandekten I § 106.

47) Vangerow, Pandekten I p. 857. 860.

48) Läßt doch das französische Recht sogar das Eigenthum aus blosem Vertrag hervorgehen.

49) Es ist um civilistische Unmöglichkeiten ein eigenes Ding. Als in Rom seiner Zeit ein Senatuskonsult des Inhalts erschien, ut omnium rerum, quae in cuiusque patrimonio esse constaret, usufructus legari possit, sagten römische Juristen in ähnlicher Art, der usufructus pecuniae sei doch nicht möglich, nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit. Freilich fügen sie sofort einlenkend hinzu: sed remedio introducto coepit quasi usufructus haberi. Nun, ein solcher Ausweg würde auch hier nicht verschlossen sein; der Name quasi usufructus u. s. w. ist ja hier ganz ebenso zur Hand. (S. Anm. 44.)

chen erfülle —" und weiter: „mit andern Worten, aus einem Vertrage kann nach den Prinzipien des röm. Rechts nur eine obligatio entstehen —". Daran ist unzweifelhaft richtig, daß wer etwas verspricht, sich allerdings zu einer künftigen Handlung verpflichte, also ein dingliches Recht derzeit gar nicht gewähre. Dagegen ist in Abrede zu stellen, daß ein Vertrag nothwendig ein Versprechen zu seinem Inhalt haben müsse. Pactum, mit paciscor, pacio, pax aus derselben Wurzel hervorgehend, ist der mit der Absicht sich zu binden gegenseitig erklärte, übereinstimmende Wille.[50] Das Wort sagt also über den Inhalt der Uebereinkunft nichts aus. Von dem pactum nun, welches eine Bedeutung im Rechtsgebiet haben soll, versteht es sich, daß die Uebereinkunft auf ein Rechtsverhältnis und zwar auf eines, worüber die sich Vertragenden verfügen können, sich beziehen müsse, also auf ein unter ihnen geltendes. Damit ist der Begriff erschöpft. Nun aber wäre es möglich, daß daß die Wirksankeit des pactum auf das Gebiet der Obligationen durch positive Satzungen beschränkt wäre: nur wird eine solche Annahme, da es natürlich eine Präsumtion dafür nicht gibt, des Beweises bedürfen. Zwei Stellen sind es, welche man von jeher zu dem Zweck angeführt hat.

> Fr. 3 p. de obligationibus et actionibus (Paulus libro II. Institutionum.)
> Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

Der Jurist sagt lediglich, was eine obligatio sei; davon, wann sie entstehe und ob namentlich aus einem Vertrag niemals etwas anderes hervorgehen könne als eine solche, ist nicht die Rede. Deshalb

---

50) Das bekannte: in idem placitum consensus. — Cicero de divin. II, 22: pactum est quod inter aliquos convenit. Cfer. Auctor ad Heren II, 13.

hat man auch ziemlich allgemein eingesehen, daß die Stelle gar nicht hierher gehöre.

Die zweite Stelle ist ein Reskript vom Ende des dritten Jahrhunderts.

> C. 20 de pactis (Diocletianus et Maximinianus Caess. Martiali).
>
> Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. [293.]

In diesen Worten will man den klaren kaiserlichen Ausspruch finden, es könne kein dingliches Recht durch blosen Vertrag bestellt werden. Der Ausdruck dominia rerum soll demnach die Gesammtheit der dinglichen Rechte umfassen. Die Möglichkeit dieser Bedeutung läßt sich nicht bestreiten; nur wird man von der anderen Seite zugeben müssen, daß das Wort in den bei weitem meisten Fällen seiner Anwendung auf den Begriff des Eigenthums sich beschränke. Demnach ist die Stelle, da beide Bedeutungen möglich sind, im besten Falle für keinen Theil beweisend. Aber vielleicht läßt sich aus den Worten der Kaiser selbst entwickeln, daß sie ausschließlich das Eigenthum im Sinne haben. Von welchen dominia erklären sie, daß dieselben nudis pactis nicht bestellt werden können? Von denjenigen, bei welchen der Erwerb traditionibus et usucapionibus zulässig ist. Nun aber kann zur Zeit dieser Kaiser gar kein ius in re aliena durch usucapio erworben werden; nicht die prätorischen (superficies, emphyteusis, Pfand), denn die usucapio hatte bei ihnen zu keiner Zeit gegolten; nicht die Servituten, weil das Scribonische Gesetz sie hier schon längst beseitiget hatte.[51] Es gibt nur ein dingliches Recht, bei welchem die usucapio damals in Kraft war, das Eigenthum. Endlich wenn die Kaiser gesagt hätten, was man ihnen in den Mund legen will, so hätten sie einen entschieden unrichtigen Ausspruch gethan. Denn es besteht zu ihrer Zeit ein dingliches Recht, welches unbestritten durch blosen Vertrag bestellt wird, die Hypothek; und es wird dieser kaiserliche Irrthum

---

51) Fr. 43 § 1 de acquirendo rerum dominio. Vgl. Warnkönig, Archiv XII, p. 53.

dadurch nicht beseitiget, daß man den Grund angibt, aus welchem die Ausnahme sich erklären soll.[52]

Aus dem Bisherigen wird sich ergeben, daß der Begründung der Servituten durch Vertrag ein allgemeiner Grundsatz des römischen Rechts nicht im Wege stehe. —

In dem sechsten Jahrhundert der Stadt bekommt Rom Provinzen. Die erste war bekanntlich Sicilien (512). In diesen Provinzen waren Servituten nach den Grundsätzen des Civilrechts so gut wie nicht möglich. Denn daß Diejenigen, welche das commercium iuris civilis hatten, an beweglichen Dingen dergleichen bestellen und erwerben konnten, das kam dem allgemeinen Bedürfnis gegenüber natürlich kaum in Betracht. Die Hauptsache, die Servituten an Grundstücken waren einfach deshalb nicht bestellbar, weil der Provinzialboden die Formen der mancipatio und in iure cessio überhaupt nicht gestattete. Andererseits bestand besonders in dem regsamen, den Ackerbau in bedeutsamer Weise treibenden Sicilien für das Vorhandensein von Grundstücksservituten ein unabweisbares natürliches Bedürfnis; denn daß durch blose Obligationen servitutenähnlichen Inhalts nicht geholfen war, leuchtet ein. Sollte nun dieser Mangel einer Bestellungsform ein irgendwie zureichender Grund gewesen sein, um deshalb diesen Ländern die Wohlthat eines so bedeutsamen Rechtsinstituts zu versagen, und zwar bis zu dem Zeitpunkte zu versagen, wo es beinahe vierhundert Jahre später einem römischen Juristen in den Sinn kam, den Begriff der quasitraditio in das Leben einzuführen? Jede halbwegs gesunde Legislation wird in einem solchen Fall eine Form erfinden, dafern sie

52) Vangerow p. 858 setzt, um den von der Hypothek entnommenen Einwand zu beseitigen, auseinander, die Errichtung dieses dinglichen Rechts durch Vertrag erkläre sich aus dem Wesen des Pfands als einer obligatio rei. Mag dem sein wie ihm wolle; wenn in der Konstitution steht, dingliche Rechte können überhaupt nicht durch Vertrag entstehen, so läßt sich meines Erachtens der kaiserliche Ausspruch nur durch die Behauptung rechtfertigen, die Hypothek sei kein dingliches Recht, nicht durch die andere, daß sie ein besonders geartetes sei.

keine vorfindet. Aber vielleicht befand sich der Prätor von Sicilien gar nicht in der Nothwendigkeit, seinen erfinderischen Scharfsinn auf die Probe stellen zu müssen. Denn daß diese Insel erst von den Römern habe erobert werden müssen, um zu dem Begriff der Servituten sich zu erheben: wer wird das wahrscheinlich finden? Es ist daher ein sehr denkbarer Fall — wenn auch, soweit meine Kenntnis der Quellen reicht, durch äußere Zeugnisse schwerlich zu erweisen —, daß der Prätor in der Hauptsache das Landrecht kodifizirte, als er die Begründung der Servituten durch Vertrag in das edictum provinciale aufnahm. Denn daß in den Provinzen das dingliche Recht der Servituten in dieser Form bestellt werden könne, dafür liefert meines Dafürhaltens Gaius den Beweis.

Gaius lib. II, 31. 32.

Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt: alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur ceteraque similia iura consituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut (in) iure cessionem recipiunt. Et cum ususfructus etiam hominum et ceterorum animalium constitui possit, intellegere debemus, horum usumfructum etiam in provinciis per in iure cessionem constitui posse.

Wer sich, ohne eine im Voraus fertige Theorie mitzubringen, unbefangen dem Eindrucke dieser Worte hingibt, der wird sagen, daß hier die Bestellung der Servituten durch Vertrag für die Provinzen klar und unzweideutig ausgesprochen sei. Denn es ist gesagt: wenn jemand den ususfructus oder eine andere Servitut bestellen will, so kann er das durch pacta und stipulationes bewerkstelligen; id efficere potest ist der gebrauchte Ausdruck und nach den Regeln der Sprache findet dieses id in dem vorhergehenden usumfructum sive ius eundi — ceteraque similia iura constituere seine Auf-

lösung.[53] Aber es ist bekannt, daß Stimmen von großer Bedeutung[54] demungeachtet diese Auslegung in Abrede stellen; nichts, sagen sie, könne hier ausgesprochen sein, als daß in den Provinzen kein dingliches Recht, sondern nur ein dem dinglichen Rechte dem Inhalte nach ähnliches Obligationsverhältnis entstehe. Dann freilich hat Gaius von dem, was er gewollt, das gerade Gegentheil gesagt; denn im Sinne dieser Auslegung würde er haben schreiben müssen: alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum — ceteraque similia iura constituere velit, id efficere non potest, sed —.

Ganz dasselbe, was bei Gaius für die Provinzen hingestellt wird, finden wir in dem corpus iuris mit Beseitigung der besonderen Beziehung als allgemeines Recht ausgesprochen.

§ 4 I. de servitutibus.
Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet.

§ 1 I. de usufructu.
Sine testamento vero si quis velit usumfructum alii constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet.

Fr. 3. p. de usufructu (Gai. lib. 2. rerum quot.)
— — — Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.

Zu diesen einfach geschriebenen, sogar bis auf die Sprachwendungen sich nahe kommenden Stellen tritt noch Theophilus theils beistimmend theils erläuternd hinzu. Während nämlich derselbe die

---

53) Ganz so braucht Gaius dieses id efficere sehr bald wieder, im 38. Paragraphen.

54) Hervorzuheben sind Francke, civilistische Abhandlungen Nr. 3. (1826), Vangerow, Pandekten, I § 350. Gerade weil ich diesen beiden Ausführungen mehrfach entgegen zu treten genöthiget bin, ist es mir Bedürfnis, die Vorzüglichkeit dieser scharfsinnigen und klaren Arbeiten ausdrücklich hervorzuheben.

zweite Stelle nur überträgt, läßt er sich bei Gelegenheit der ersten folgendermaßen vernehmen:

> *Ὁ δὲ βουλόμενος τῷ γείτονι παραχωρῆσαι δουλείαν, διὰ συμφώνων καὶ ἐπερωτήσεων τοῦτο δύναται ποιεῖν· συμφώνου γὰρ γενομένου περὶ τοῦ παραχωρηθῆναι τὴν δουλείαν, ἐπερωτᾷ ὁ μέλλων λαμβάνειν κατὰ παραχώρησιν, Ὁμολογεῖς ἐμμένειν τῇ παραχωρηθείσῃ δουλείᾳ; εἰ δὲ μὴ ἐμμένῃς, ὁμολογεῖς διδόναι μοι λόγῳ προστίμου νομίσματα ἑκατόν;*

Man sieht, hier ist überall Uebereinstimmung; die Form, welche als die für die Bestellung der Servituten erforderliche hingestellt wird, besteht in pacta et stipulationes. Zur Beseitigung dieser klaren Zeugnisse schlägt man folgenden Weg ein. Man sagt uns, zur Zeit, wo jene verfaßt wurden, seien an Provinzialgrundstücken noch gar keine Servituten sondern nur die durch pacta et stipulationes begründeten Obligationen mit Servituten ähnlichem Inhalte möglich gewesen; erst die in späterer Zeit erfolgende Einführung der quasi traditio habe jene Möglichkeit herbeigeführt; die Kompilatoren nun haben, anstatt die traditio hier anzuführen, jenes Recht der Vergangenheit aus einem Versehen, aus Nachlässigkeit reproduzirt. Jedermann erkennt das Mißliche dieser Argumentation. Namentlich an den Stellen der Institutionen war es eine Anforderung der allergewöhnlichsten Systematik, daß die Weise angegeben werde, wie das dingliche Recht entsteht. Wer nun sagt, daß hier etwas vollkommen Irriges gelehrt werde, der behauptet damit, daß die Kompilatoren, daß Theophilus nicht etwa einen, der Vergangenheit angehörenden, untergeordneten Rechtssatz, daß sie die Elemente ihrer Wissenschaft und des damals praktischen Rechts ignorirten.

Aber selbst diesem letzten Auskunftsmittel scheint eine Stelle sich positiv entgegen zu stellen.

> Fr. 25 § 7 de usufructu (Ulpianus).
>
> Quod autem diximus, ex re fructuarii vel ex operis posse acquirere, utrum tunc locúm habeat, quoties iure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditio-

nem vel stipulationem vel alium quemcunque modum, videndum — — —

Denn hier wird der per stipulationem constitutus usufructus dem per traditionem constitutus gleich und mit ihm ganz auf dieselbe Linie gestellt.[55]

Gehen wir nun davon aus, daß das dingliche Recht der Servituten durch pacta et stipulationes begründet werden kann, so wird die nächste Aufgabe darin bestehen, die Beschaffenheit dieser Vertragsform näher kennen zu lernen.

In dem corpus iuris ist eine unmittelbare Erklärung nicht zu finden; dagegen gibt sie Theophilus in der eben mitgetheilten Stelle und wir werden uns diesem Führer mit um so größerer Sicherheit deshalb anvertrauen können, weil es sich einmal nicht um eine historische Notiz sondern um einen allbekannten Rechtssatz seiner Zeit handelt und weil uns andererseits in dem corpus iuris das beste Mittel zur Controle geboten ist. Theophilus also erklärt: 1., das pactum ist der Vertrag, durch welchen die künftige Servitut versprochen wird 2., die stipulatio ist die stipulatio poenae. — Ergänzen wir nun diese kurze Angabe durch das, was das corpus iuris uns bietet.

Σύμφωνον, pactum ist der allgemeine Ausdruck für den die künftige Bestellung der Servitut versprechenden Vertrag jeder Art: also die Bestellung selber ist es nicht. Als Beispiel ist zuerst der Kauf zu nennen; er enthält hier wie sonst das Versprechen, den

55) Um sich dieser Stelle zu entledigen hat man zwei verschiedene Wege eingeschlagen. Nach der einen Ansicht (Francke p. 141) handelt es sich hier abermals um ein grobes Versehen der Kompilatoren, und zwar dieses Mal begangen in der aktiven Form der verkehrten Interpolation. Die andere (Vangerow p. 802) verlangt, daß man das nur einmal gebrauchte Wort usufructus in zwei verschiedenen Bedeutungen verstehe; da nämlich, wo der usufructus als per traditionem constitutus hingestellt wird, bezeichne er das dingliche Recht der Servitut, wo er dagegen als per stipulationem constitutus erscheint, sei er lediglich ein dem dinglichen Nießbrauchsrecht nachgebildetes, obligatorisches Recht.

gekauften Gegenstand künftig zu gewähren[56]. Sodann gehört hierher die vorzüglich häufig hervorgehobene stipulatio servitutis. Ihr Inhalt geht auf servitutem dare[57], die servitus ist noch nicht constituta[58] vielmehr folgt daraus eine obligatio[59], auf deren Erfüllung man eine personalis actio, die triticiaria condictio[60] hat, mit der intentio servitutem sibi dari oportere[61]. Daraus ergibt sich klar, daß dieser Vertrag nicht mit der Absicht geschossen wurde, das dingliche Recht zu gewähren, vielmehr der Schwerpunkt in dem zweiten Gliede liegen müsse, der stipulatio poenae[62].

2) Das Formular der stipulatio poenae ist uns genügend erhalten. Es lautete in der Hauptsache: per te non fieri quominus eam, agam; si adversus ea factum sit, tantum dari?[63] oder nach dem schon erwähnten Theophilus: *Ὁμολογεῖς ἐμμένειν τῇ παραχωρηθείσῃ δουλείᾳ; εἰ δὲ μὴ ἐμμένῃς, ὁμολογεῖς διδόναι μοι λόγῳ προστίμου νομίσματα ἑκατόν;* — Ge-

---

56) Fr. 16 si servitus zeigt, was sich von selbst versteht, daß das dahin abgeschlossene Kaufgeschäft ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere das Recht der Servitut noch nicht bringe; desgleichen Fr. 2 § 3 de actionibus emti, daß wer das ius itineris, actus, viae, aquaeductus gekauft hat, noch nicht Servituterberechtigter sei.

57) Fr. 19 de servitutibus praed. rusticorum. Fr. 126 § 1 Fr. 136 § 1 de verborum obligationibus.

58) Fr. 136 § 1 cit.

59) Fr. 17 de servitutibus. Fr. 75 § 3. Fr. 140 § 2 de verborum oblig. Sie kann wie jede andere ex stipulatione durch acceptilatio getilgt werden: Fr. 13 § 1 de acceptil.

60) Fr. 25 § 9 fam. ercis. Fr. 1 p. de tritic. cond. Cfr. Fr. 17 de servitutibus. C. 16 de usufructu.

61) Fr. 19 de servitutibus praed. rust.

62) Dahin legt ihn auch Fr. 3 § 2 de actionibus emti. Aus dem gleichen Grund sagt Ulpian in dem schon besprochenen Fr. 25 § 7 de usufructu: per traditionem vel stipulationem Dagegen spricht auch nicht das maxime si pacto stipulatio subdita sit in Fr. 33 p. de serv. praed. rust., denn es handelt sich da um deductio servitutis, für welche es nur der Erwähnung bei der traditio bedarf: Fr. 35 de servitutibus pr. urb.

63) Fr. 85 § 3. Fr. 2 § 5. Fr. 4 § 1. Fr. 75 § 7. Fr. 38 § 6 de verb. oblig.

genstand des Versprechens ist in den bei weitem meisten Fällen eine poena [64], nur ausnahmsweise lediglich das quanti ea res est. [65] Zuweilen wird die Stipulation auf die Erben des stipulator ausdrücklich mitverstellt [66], zuweilen nicht [67]; und ebenso geschieht der Erben des promissor bald ausdrückliche Erwähnung [68] bald unterbleibt das [69]. Das was der promissor bei Strafe zu leisten verspricht, wird mit Recht als ein non facere bezeichnet [70], diesem jedoch die positive Auslegung gegeben curaturum, ut facere possis [71]. Die Strafe verfällt, wie überall, nur dann, wenn der durch den Vertrag Gebundene gegen denselben handelt [72] und daher nur wenn der durch den Vertrag Berechtigte verletzt wird [73]. Die Stipulation umfaßt nicht blos die erste Verletzung, sondern auch jede folgende [74] und es wird die Strafe mit der gewöhnlichen, persönlichen Klage aus der Stipulation gefordert [75].

Aber wie ist es möglich, daß durch diese stipulatio poenae, aus welcher nach dem eben Entwickelten ganz entschieden die obligatio auf eine bestimmte Geldsumme hervorgeht, das dingliche Recht der Servitut begründet werde [76]? Der Umstand, daß man diese

64) Fr. 2 § 6. Fr. 85 § 3. eod. tit. Fr. 36 de s. praed. rust.

65) Fr. 2 § 6 de V. O.

66) Fr. 2 § 6. Fr. 38 § 12 eod tit.

67) Fr. 2 § 5. Fr. 4 § 1. Fr. 85 § 3 eod. tit. Fr. 20 de servitt. Fr. 36 de s. praed. rust. Namentlich die letzte Stelle zeigt, daß wir das Weglassen des heres an andern Orten nicht etwa blos auf die Kürze der Relation der Juristen zu beziehen haben.

68) Fr. 2 § 5. Fr. 3 § 1. Fr. 4 § 1. Fr. 85 § 3 de V. O.

69) Fr. 4 § 1. Fr. 85 § 3 eod. tit. Fr. 20 de servitt.

70) Fr. 57 § 7 de V. O.

71) Fr. 50 § 1 eod. Cfr. Fr. 49 § 2. Fr. 83 p.

72) Fr. 83 p. eod. tit. Daher nicht, wenn der Bürge hindert: Fr. 49 § 1.

73) Wenn der nomine stipulatoris die Servitut Uebende verletzt wird, so ist das eine Verletzung des stipulator: Fr. 111 eod. tit.

74) Fr. 133 eod. tit.

75) Fr. 2 § 5. 6. Fr. 4 § 1. Fr. 49 § 1. Fr. 85 § 3. Fr. 111. Fr. 131 h. tit.

76) Vangerow z. B. sagt gegen Warnkönig, welcher die Begründung des dinglichen Rechts ebenfalls in der stipulatio poenae findet: „Es ist

Frage theils ganz zur Seite ließ (so die Meisten, selbst Michelsen, dessen Polemik gegen Zimmern im Uebrigen vielfach schlagend ist), theils entschieden falsche Antworten gab (so Zimmern), theils nicht zu einer abschließenden Klarheit gelangte (so Hasse), macht die bis auf die neueste Zeit herabgehende Opposition [77] gegen die Sache selbst erklärlich. Die Antwort wird dadurch wesentlich erleichtert, daß es für die Möglichkeit keinen besseren Beweis gibt, als die Wirklichkeit, unsere Aufgabe deshalb auf die Frage sich zurückführt: welche war die Auffassung, der sich die Römer dabei hingaben?

Wer die Bedeutung der traditio für die Eigenthumsübertragung in Betracht zieht, der wird derselben kaum einen anderen Sinn abgewinnen, als daß sie die prägnante Form sei, in welcher der Wille Eigenthum zu gewähren und zu erwerben thatsächlich ausgesprochen wird. Das übereinstimmende, ausgesprochene Wollen also ist das entscheidende innere Moment. — Wenn jemand, nachdem er in einem früheren Zeitpunkt sich durch Vertrag verbindlich gemacht hat, eine Servitut, z. B. das ius itineris künftig zu bestellen, seinem Mitkontrahenten das neue Versprechen abgibt, er werde denselben von nun an an der Ausübung jener Servitut nicht hindern, verpflichte sich vielmehr eine bestimmte Strafe zu bezahlen, wenn er es dennoch thue: so hat er mittelbar aber klar seinen Willen ausgesprochen, daß der Andere von diesem Zeitpunkte an das Recht haben soll, welches er ihm früher als ein künftiges versprochen. Wie bei der traditio zu Eigenthum die Ernsthaftigkeit des Willens durch die sofortige Ausführung kund gegeben wird: so spricht sie sich hier aus durch die Uebernahme einer rechtlichen

---

dies aber völlig irrig, und auch die Stipulationen der letzteren Art legten den Promittenten durchaus nur die obligatorische Verpflichtung auf, zu leiden, daß der Berechtigte die eingeräumte Handlung vornehme, eine Verpflichtung, welche nie mit der dinglichen actio confessoria, sondern immer nur mit der persönlichen actio ex stipulatu gegen den Promittenten und dessen Erben — nicht auch Singularsuccessoren — erzwungen wird."

77) Eine der neuesten Stimmen von dieser Seite ist Brinz Pandekten. § 73.

Gefahr; der mittelbare Ausdruck des auf die Begründung des dinglichen Rechts gerichteten Wollens, also die causa efficiens ist vorhanden[78].

II.

Quasi traditio.

Der Begriff der quasi traditio ist verhältnismäßig spät entwickelt worden. Den älteren der in den Pandekten benutzten Juristen ist er ganz fremd. Namentlich lesen wir, daß Labeo erklärt, es gebe keine Tradition der Servituten[79], dasselbe sagt Pomponius fast mit denselben Worten[80] und endlich sogar noch Gaius läugnet die traditio bei allen incorporales res[81]. Der älteste

78) Die stipulatio poenae hat demnach hier eine in dem Willen der Paziszenten begründete doppelte Folge: 1) die unmittelbare der obligatio 2) die mittelbare des dinglichen Rechts. Eine jede dieser Wirkungen folgt ihrer eigenen Natur. Die erste steht innerhalb der Grenzen der durch Vertrag hervorgerufenen Obligation; sie gilt nur unter den Kontrahenten, niemals für den Singularsuccessor, ob für den Erben, darüber entscheidet der Inhalt des Vertrags. Dagegen wirkt das dingliche Recht absolut, weit über die Grenzen hinaus, welche dem Vertrag auf Strafe gezogen sind. Fr. 36 de servitut. praed. rust. (Paulus lib. 2 responsorum): Quum fundo, quem ex duobus retinuit venditor, aquae ducendae servitus imposita sit, emto praedio quaesita servitus distractum denuo praedium sequitur; nec ad rem pertinet, quod stipulatio, qua poenam promitti placuit, ad personam emtoris, si ei forte frui non licuisset, relata est. (Der Fall ist: Jemand verkauft von zweien seiner Grundstücke das eine und bestellt überdies zu Gunsten des verkauften Grundstücks eine Servitut an demjenigen, welches er behält und zwar in der Form der stip. poenae. Da das dingliche Recht der Servitut vorhanden ist, so folgt es auch dem dritten Erwerber des herrschenden Grundstücks, obgleich die das dingliche Recht begründende stipul poenae nur auf die Person des ersten Käufers lautet, die obligatio poenae also den jetzigen Inhaber nichts angeht.)

79) Fr. 20 de servitatibus.

80) Fr. 3 § 2 de actionibus emti: Si iter, actum, viam, aquaeductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est; itaque cavere debes, per te non fieri quominus utar.

81) Gai. II, 28: Incorporales (res) traditionem non recipere manifestum est (Cfr. § 19) Fr. 43 § 1 de acq. rerum dom. (Gai. lib. 7.

römische Jurist, bei dem die quasi traditio sich findet, ist der Anfang des zweiten Jahrhunderts thätige Javolenus.

> Fr. 20 de servitutibus (Javolenus lib. 5. ex Posterioribus Labeonis).
>
> Quoties via aut aliquid ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri quominus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto, usum eius pro iuris traditione possessionis accipiendum esse; ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

Der Jurist drückt sich hier so aus, daß füglich anzunehmen ist, er sei der Erfinder dieses Begriffs; denn während sogar sein etwas jüngerer Zeitgenosse Gaius, wie wir gesehen haben, nichts davon weiß, spricht er von dieser quasi traditio als seiner persönlichen Ansicht, ohne sich auf irgend eine fremde Auktorität zu berufen, was er nach der in solchen Fällen allgemein üblichen Sitte der römischen Juristen, welcher er selbst in andern Fällen huldiget, sicher nicht unterlassen haben würde, hätte er es anders gekonnt [82]. Javolenus Schüler, Julianus spricht schon davon wie von einer bekannten und anerkannten Sache [83]; desgleichen Africanus [84], der jüngere Zeitgenosse jenes. Bei Paulus finden wir denselben Begriff auf den ager vectigalis und die superficies angewendet [85].

---

ad edictum provinciale): Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.

82) Francke p. 155 ff., dem Liebe Stipulation p. 334 beistimmt, stellt wegen Fr. 11 § 1 de publiciana (Ulp. lib. 6 ad ed.) die Vermuthung auf, der Begriff der quasi traditio habe sich zuerst bei dem ususfructus entwickelt, sei von da auf die urbanae servitutes und zuletzt auf die rusticae übertragen worden. Da jedoch Gaius das ganze Institut noch nicht kennt, Javolenus aber es schon für die rusticae s. befürwortet, so scheint kein Raum für diese allmälige Entwickelung vorhanden zu sein.

83) Fr. 3 si ususfr. petatur.

84) Fr. 32 de serv. praed. rusticorum.

85) Fr. 11 § 1 de publiciana. Fr. 25 § 7 de usufr. Fr. 1 p. quibus modis ususfructus. Fr. 1 § 2 de serv. praed. rusticorum.

Ulpianus gedenkt ihrer wiederholt[86]. Nur wenn endlich sogar unter Gaius Namen diese traditio sich findet[87], so muß hier die Hand der Kompilatoren wirksam gewesen sein[88].

Worin besteht das Wesen dieser, natürlich dem Muster der traditio körperlicher Dinge folgenden quasi traditio? Nur zwei Stellen beschreiben dieselbe: Javolenus in der Stelle des Textes und die Kompilatoren in Fr. 3 der Anmerkung 87. Jener hat offenbar nicht die Absicht, mit schulmäßiger Vollständigkeit den Begriff zu definiren: er begnügt sich mit der Lösung der Schwierigkeit. Diese liegt nicht im Besitz selber (die Möglichkeit desselben hatte man schon längst anerkannt), sondern in der Form, durch welche er entstehen soll. Und hier hinwiederum liegt kein Hindernis in dem animus tradentis. Die Absicht des Tradenten, dem Andern das Recht der Servitut zu übertragen und die Erklärung dieser Absicht setzt Javolenus als selbstverständlich voraus (in dem inducere des Fr. 3. ist sie angedeutet), ohne sie überhaupt keine traditio. Das bis zu dieser Zeit hindernde Moment lag, wie schon oben hervorgehoben wurde, in der faktischen Unmöglichkeit des trans-dare

86) Fr. 12 § 2. 3 de Publiciana: In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. Idem est, et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.

87) Fr. 3 p. de usufructu (Gaius lib. 2 rerum quotid.): Omnium praediorum iure legati potest constitui ususfructus, ut heres iubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui. — Daß hier Umbildungen vorgenommen worden sind, ergibt sich auch aus andern Gründen. Daß der Legatar der ihm aufgelegten, auf dare usumfructum gerichteten Pflicht bei allen Grundstücken durch quasi traditio genüge, konnte gar kein klassischer Jurist behaupten. Entweder stand im Original provincialium praediorum (so vermuthet Hasse) oder es mußte Gaius, wenn er von omnia praedia sprach, für die Form der Bestellung zwischen praedia in italico solo und provincialia unterschieden haben.

88) Eine seltsame Meinung von Gans, Scholien p. 242 ff., mag hier wenigstens registrirt werden: nach ihm haben die römischen Juristen die quasi traditio gar nicht gekannt, sie ist erst durch eine Pfuscherei der Kompilatoren in das corpus iuris hinein korrigirt worden.

einer incorporalis res. Javolenus Meinung geht nun dahin: welcher Käufer auf Grund des von Seiten des Verkäufers erklärten Willens die Servitut ausgeübt hat (zu den Worten usum eius wird hinzuzudenken sein qui emit), zu dessen Gunsten muß angenommen werden, der Akt der Tradition an ihn sei vollzogen. Also: der usus des Erwerbers ist das faktische Moment. Dieser ist bei persönlichen Servituten vorhanden mit dem Empfang der Detention der dienenden Sache, bei dinglichen affirmativen mit der erstmaligen Ausübung, bei dinglichen negativen mit dem auf das Haben des gegenwärtigen Zustandes als eines Rechts gerichteten Vertrag [89].

Neben der traditio und von ihr unterschieden [90] finden wir als Erwerbungsform der quasi possessio die patientia aufgestellt. Schon Julian kennt sie [91] und hat sie offenbar mit anerkennen helfen; sie ist also ziemlich so alt wie die traditio. Auch Ulpian spricht von ihr [92] und endlich steht sie unter Gaius Namen in dem wiederholt erwähnten Fr. 3. Wodurch charakterisirt sie sich? Gleich der traditio ist sie ein dare [93], beruht also ebenfalls auf dem Willen des Bestellers. Gleich dieser ist sie vorhanden mit dem usus des Erwerbers [94]. Der Unterschied liegt in der Art, wie der Wille des Bestellers erklärt wird: während nämlich bei der traditio die Ausübung auf Grund der ausdrücklichen Willenserklärung des

89) Fr. 3 in Anm. 87. Savigny, Besitz p. 576. 585. 604.

90) Fr. 11 § 1 de publiciana: servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam (Basil. ἤ). Fr. 3 p. de usufructu: dare autem intelligitur si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui (Bas. καὶ ohne etwas anderes zu meinen). Fr. 1 § 2 de serv. praed. rust: traditio plane et patientia servitutum inducet officium praetoris.

91) Fr. 16 si servitus (Iul. lib. 7 Dig.). Si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere, et postea te sciente ex causa emtionis immissum habeam, quaero an ex hac causa actione quadam vel exceptione tuendus sim? Respondi, utroque auxilio me usurum.

92) Fr. 11 § 1 de publiciana. Fr. 1 § 2 de servit. praed. rusticorum.

93) Fr. 3 in Anm. 87.

94) Fr. 3 cit. Fr. 16 in Anm. 91. Fr. 11 § 1 de publiciana.

Bestellers vorliegt, ist eine stillschweigende Willenserklärung vorhanden bei der patientia.[95] Daraus ergibt sich, daß traditio und patientia nicht wesentlich von einander verschieden sind. Auch die quasi possessio wird nur in zwei Formen erworben: durch occupatio und durch traditio. Die letztere zerfällt a) in die traditio im engeren Sinn, beruhend auf der ausdrücklichen Willenserklärung des Bestellers und b) in die patientia d. i. die stillschweigende Willenserklärung desselben.[96]

Von der durch traditio bestellten Servitut behaupten Diejenigen, welche die Begründung des Rechts durch pacta et stipulationes vertheidigen, nicht selten, daß die publiciana actio das einzige, derselben zu Seite stehende Schutzmittel sei.[97] Aber die Stellen, auf welche man sich beruft, sagen das nicht.[98] In der Natur der traditio selber wird man für diese Beschränkung vergebens nach einem Grund suchen: wer den, in der Form des Vertrag ausgesprochenen Willen als genügende Grundlage für die utilis confessoria gelten läßt, warum sollte der das gleiche Schutzmittel dann versagen, wenn jener Wille thatsächlich kundgegeben wurde durch die traditio? Daher wird der per traditionem dem per stipulationem constitutus usus fructus ebenbürtig an die Seite gestellt;[99] er zählt unter dem Gattungsbegriff des tuitone praetoris consti-

95) Fr. 16: te sciente. Der Begriff von pati erfordert das überall. Weil es ein stillschweigend erklärter Wille ist, deshalb kann der Besitz durch patientia nur in der Art und nur insoweit für übertragen gelten, wie die Willensrichtung des Uebertragenden das involvirt. Darüber entscheidet die causa, aus welcher man stillschweigend gestattet. Fr. 16: ex causa emtionis; ganz anders z. B. bei der causa conductionis.

96) In diesem Sinne steht gar nichts entgegen, die patientia auch bei körperlichen Dingen als eine besondere Form der traditio gelten zu lassen.

97) Savigny, Besitz p. 586.

98) In Fr. 11 § 1 de publiciana wird uns lediglich mitgetheilt, daß aus traditio die Publiciana, nicht aber, daß keine andere Klage folgen könne. Fr. 1 § 2 de servit. praed. rust. sagt, daß traditio und patientia prätorischen Schutz zu Folge haben (officium praetoris); nun aber ist jede tuitio praetoris ein officium praetoris, auch die utilis confessoria.

99) Fr. 25 § 7 de usufructu.

tutus;[100] und der zum dare usumfructum verpflichtete Legatar genügt seiner Verpflichtung durch die Tradition.[101] Daraus wird hervorgehn, daß der, welcher durch Tradition die Servitut erwarb, nach prätorischer Auffassuug das Recht der Servitut habe, also auch durch utilis confessoria actio zu schützen sei.

Während wir von der für die Bestellung der Servituten gültigen Vertragsform mit Bestimmtheit wissen, daß sie für die Provinzen entstand, haben die Quellen keine Andeutung davon, daß die traditio besonderer lokaler Begrenzung ursprünglich unterlegen habe. Auch die Sache selbst bietet dafür keinen Anhalt; denn es befriedigt die traditio kein lediglich lokales Bedürfnis: hatte man sich einmal bis zu ihr begriffsmäßig erhoben, so ist nicht einzusehen, weshalb diese Vorstellung entweder nur in Italien oder nur in den Provinzen sollte zulässig gewesen sein.

Bedeutsamer ist eine andere, häufig genug aufgeworfene Frage, welche man zugleich als einen Haupteinwand gegen die Bestellung der Servituten durch Vertrag benutzt hat: zu welchem Ende erfand man die quasi traditio in einer Zeit, welche zur Begründung des dinglichen Rechts durch Vertrag sich schon längst erhoben hatte?[102] Den so Fragenden wohnt die Vorstellung bei, es sei die Bestellung durch quasi traditio die schwerere und umständlichere Form. Aber auch hier bewährt sich der gewöhnliche Lauf der Geschichte: man geht von der schwierigeren Form zu der freieren über. Die römische Bestellung durch Vertrag liegt in der stipulatio poenae: also der Apparat dieses Formalkontrakts ist nothwendig und den Besteller trifft die Gefahr der Pön. Anders bei der Tradition: entweder er erklärt, ich erlaube dir auf Grund des früheren Vertrags nunmehr die Servitut zu üben oder auch er läßt schweigend geschehen. Demnach ist die traditio die für beide Theile bequemere und für den Besteller

100) Fr. 1 p. quibus modis ususfructus.

101) Fr. 3 si ususfructus.

102) Diesen Einwand pflegt man gewöhnlich mit dem Hinweis auf die Publiciana abzuweisen. Allein daß es nicht nöthig gewesen wäre, dieser Klage wegen die quasi traditio künstlich einzuführen, das hat meines Erachtens mit vollem Recht Vangerow dagegen eingewendet.

gefahrlosere Form. Daß sie die Bestellung stipulatione doch nicht verdrängte, erklärt sich aus dem Interesse, welches der Erwerber bei dieser Stipulation hat.

III.

Das praktische Recht.

Für die Bestellung der Servituten unter Lebendigen besteht bei Justinian nicht mehr jene Mannichfaltigkeit der Formen, welche das alte Recht bietet; denn die civilen Bestellungsformen der mancipatio und in iure cessio sind überhaupt schon seit längerer Zeit verschwunden. Die Justitutionen nennen, wo sie von dieser Frage reden, lediglich die pacta et stipulationes; sie sind allgemeine Form und zwar jedensfalls schon seit langer Zeit, wenn wir auch nicht wissen seit wann: denn warum sollte man Italien versagt haben, was man den Provinzen gewährte? Die deductio servitutis, welche von praktisch geringerer Bedeutung und der Bestellung durch Vertrag zuzurechnen ist, erwähnen lediglich die Pandekten. Auch die Bestellung durch quasi traditio fügte erst dieses Rechtsbuch hinzu; ein Zeichen, daß in der damaligen Praxis jene Form der pacta et stipulationes die bei weitem vorherrschende war, weil die dem Erwerber vortheilhaftere und verläßlichere. Da wir diese stipulatio poenae weder der Form noch der Sache nach in unsere Praxis aufgenommen haben, so tritt bei uns einfach derjenige Vertrag an die Stelle, bei welchem der Wille auf sofortige Bestellung des Rechts gerichtet ist.[103]

Was die vom Prätor geschaffenen dinglichen Rechte betrifft, so galten für das Pfand von jeher die Bestellung durch Vertrag und die durch Tradition neben einander. Die andern, Emphyteusis und Superfizies, theilen das Schicksal der Servituten. -

Demnach faßt sich das Ganze dogmatisch in folgenden einfachen Satz:

> Anlangend die Bestellung der dinglichen Rechte unter Lebendigen, so besteht für das Eigenthum lediglich die eine Form der Tradition; für sämmtliche Rechte an fremder Sache gelten zwei Formen neben einander: Tradition und Vertrag.

103) Vergleiche Arndts, Pandekten § 188.

X.

Der Schalttag.

Von Dr. Ludwig Arndts.

Th. Mommsen hat in seiner Römischen Chronologie S. 242. fg. zu beweisen versucht, daß der Schalttag des Julianischen Kalenders nicht, wie man meistens annimmt, der 24., sondern vielmehr der 25. Februar, nach unsrer Zählung der Monatstage im Schaltjahr, sei, und dazu hat bereits Bekker in diesem Jahrbuch III. S. 137. fg. seine volle Zustimmung erklärt, indem ihm ein Gegenbeweis kaum möglich scheint. Ich wage es gleichwohl, mich der Vertheidigung unsrer Kalender, welche noch jetzt den 24. Februar als den Schalttag zu bezeichnen pflegen, anzunehmen, indem ich meinerseits bekennen muß, daß mir Mommsen den Beweis seiner Behauptung gar nicht erbracht zu haben scheint. Er stützt sich auf eine kürzlich aufgefundene Inschrift, in welcher der Tag einer Tempelweihe bezeichnet ist als „V. k. Mart. qui dies post bis VI. k. fuit", also der quintus dies ante kal. Mart., d. i. nach unserer Zählung der 26. Februar des Schaltjahrs, als der Tag post bissextum kal. Mart. erscheint. Dadurch würde allerdings unwiderleglich bewiesen sein, daß in dieser Inschrift der 25. Febr. als Schalttag angenommen sei, wenn „bis VI. kal. Mart." mit dem dies intercalaris gleichbedeutend wäre. Dies kann aber nicht behauptet werden. Bissextum heißt vielmehr der Schalttag mit dem Tage, dem er angefügt ist, zusammen genommen, „id biduum, quod pro uno die habetur",

also der 24. und 25. Febr. des Schaltjahrs. Dies geht hervor aus L. 98. pr. D. de V. S. Wenn es hier heißt:

„quum bissextum kalendis est, nihil refert, utrum priore an posteriore die quis natus est“

so wird offenbar vorausgesetzt, daß der prior und posterior dies in dem bissextum begriffen sind. Der eine und der andre Tag war bissextus dies, der eine bissextus prior, der andre bissextus posterior. Wäre der eine oder andre ausschließlich unter bissextum oder bissextus dies verstanden, so wäre wohl einfach sextus und bissextus, nicht prior und posterior dies, zur Bezeichnung des Gegensatzes gebraucht worden. Das bissextum im Schaltjahr bildet somit einen Gegensatz gegen den sextus dies in einem gewöhnlichen Jahr; der letzte ist gemeint, wenn L. 98. cit. fortfährt: „et deinceps sextum (nach der Vulg. und Hal. sexto) kalendas eius natalis dies est“. Weiter bestätigt wird dies durch den Schlußsatz der L. 98. pr. cit.

„Ideo quo anno intercalatum non est, sexto kalendas natus, quum bissextum kalendis est, priorem diem natalem habet“.

Auch hier erscheint der prior dies wieder als in dem bissextum begriffen, und unmöglich könnte sich vollends dann der Jurist so ausdrücken, wenn, wie Mommsen beweisen will, der 25. Februar des Schaltjahrs der posterior dies = bissextum wäre; denn alsdann wäre ja, quum bissextum kalendis est, der prior dies, d. i. der 24. Febr., bereits abgelaufen. Noch einleuchtender aber geht das Gesagte hervor aus L. 3. §. 3. D. de minor., welche sagt: „Proinde et si bissexto natus est, sive priore sive posteriore die, Celsus scripsit, nihil referre“, also geradezu anerkennt, daß sowohl der priore als der posteriore die natus ein bissexto natus sei. Damit ist auch wohl zu vereinigen, was bei Macrob. Sat. I. 14. und Censorin. de die nat. cap. 20. zu lesen ist. Der erste sagt von Caesar: „statuit, ut ... unum intercalarent diem .... idque bissextum censuit nominandum“; der andere: instituit, ut ... unus dies .... intercalaretur, quod nunc bissextum

vocatur." Wäre ihre Meinung gewesen, daß eben der dies intercalaris allein für sich bissextum genannt sei, so würde der erste wohl gesagt haben „eumque diem b. c. n.", der andre „qui n. b. v.", und dabei wäre dann immer noch das Neutrum: bissextum in der Stelle des Censorinus sehr auffallend; man sollte eher erwarten zu lesen: „qui nunc bissextus vocatur." Aber sie wollten gewiß nur sagen: „und das ist es, was bissextum genannt wird", nehmlich die durch die Interkalation bewirkte Combination von 2 mal 24 Stunden, das „biduum, quod pro uno die habetur." Zwar ist dies keine ganz correkte Ausdrucksweise; aber es würde wohl auch bei einem sorgfältigen Schriftsteller nicht großen Anstoß erregen, wenn er schriebe: es wird einem Tag noch einer beigefügt, und das ist es, was man bissextum nennt.

Diesemnach sagt also die fragliche Inschrift keineswegs: der „V. k. Mart." sei der Tag nach dem dies intercalaris, sondern nur: er sei der Tag nach dem bissextum oder dem biduum, in welchem der Schalttag inbegriffen ist, ohne sich darüber auszusprechen, ob er unmittelbar auf den prior oder posterior dies folge; der Zusatz am Ende der Inschrift hat nur den Zweck anzudeuten, daß es ein Schaltmonat war, in welchem die Dedication statt fand, daß der Tag derselben nach unserer Zählung der 26., nicht, wie in einem gewöhnlichen Jahr, der 25. Februar war.

Wenn nun die Inschrift nicht beweist, was Mommsen durch dieselbe für authentisch entschieden hält, so ist durch sie auch die Kraft der Argumente für die „jetzt gangbare und von den besten Autoritäten gebilligte Annahme", daß der 24. Februar des Schaltjahrs der wahre Schalttag sei, nicht gebrochen oder geschwächt. Diese Argumente sind aber stärker, als der gelehrte Alterthumsforscher anerkennen will. Es ist unrichtig, wenn er als einzige Stütze jener Annahme die Einlegung des alten Schaltmonats nach den Terminalien (23. Febr.) hervorhebt, und nun, seitdem sich herausgestellt habe, daß derselbe bald nach dem 23. Febr. bald nach dem 24. (Regifugium) eingelegt worden sei, keinen Grund mehr sehen will, einen andern als den 25. Febr. für den eingelegten Tag zu halten.

Sagten die Quellen blos: „posterior dies intercalatur, non prior“ (L. 98. pr. cit.), so ließe sich wohl die Einwendung machen, es sei gezwungen, die rückläufige Zählung des römischen Kalenders auf den prior und posterior dies der gemeinen Sprache zu übertragen, und demnach den 25. Febr. für den prior, den 24. für den posterior dies zu erklären. Aber, wie schon Savigny Syst. IV. S. 457. besonders betont, Ulpian sagt in L. 3. §. 3. D. de minor. ausdrücklich: „posterior dies kalendarum intercalatur“. Das kann nicht wohl etwas andres heißen, als: der Schalttag ist derjenige von den beiden vereinigten Tagen, an welchen man nach der bei den Römern üblichen Weise von den Kalenden des März rückwärts zählend später kommt, der Tag, welcher, wenn nicht id biduum pro uno die haberetur und als bissextum ganz unter die Zahl 6 fiele, der dies septimus ante kalendas Martias sein würde, also der 24., nicht der 25. Febr., der auch dann immer sextus ante Kal. Mart., also nach dieser Zählungsweise prior dies wäre. Es beweist dies, daß wir es hier eben nicht mit der „gemeinen Sprache“ zu thun haben, sondern mit gleichsam juridischer Kalendersprache.

Die beiden angeführten Pandektenstellen gewähren aber einen meines Erachtens entscheidenden Beweis für die Richtigkeit der gangbaren Ansicht auch noch durch folgende Combination. Die L. 3. §. 3. cit. enthält bekanntlich das einzige sichere Beispiel einer computatio temporis a momento ad momentum. Sie erklärt nehmlich, daß Jemand als Minderjähriger Restitution auch noch wegen derjenigen Rechtsgeschäfte begehren könne, welche er an seinem Geburtstage selbst, in dessen Umfang der Endpunkt seines 25. Lebensjahrs fällt, jedoch noch vor der Stunde der Geburt vorgenommen habe; und bemerkt sodann, daß es darin auch keinen Unterschied mache, wenn Jemand im Schaltjahr bissexto, sive priore sive posteriore die, geboren sei, da „id biduum pro uno die habetur“, woraus sich von selbst ergibt, daß sein dies natalis im gewöhnlichen Jahr jedenfalls der 24. Febr. (VI. k. Mart.) und auf diesen also das Vorbemerkte anzuwenden ist. Die Stelle des Celsus, auf

welche Ulpian in L. 3. §. 3. cit. Bezug nimmt, ist uns nun in L. 98. pr. cit. erhalten. Diese berührt aber auch die umgekehrte Frage, wann derjenige, welcher in einem gewöhnlichen Jahre am 24. Febr. geboren ist, im Schaltjahr seinen Geburtstag habe, und antwortet darauf: „quum bissextum kalendis est, priorem diem natalem habet", und zwar deswegen (ideo), weil, wie vorher bemerkt wird, „posterior dies intercalatur, non prior". Wenn nun der prior dies der 24. Febr. des Schaltjahrs wäre, so würde, was L. 3. §. 3. cit. bestimmt, auf diesen Tag anzuwenden sein; die Restitution könnte nur in Ansehung der noch an diesem Tage vor der Geburtsstunde geschlossenen Geschäfte statthaben, nicht mehr in Ansehung der erst am 25. Febr., dem posterior dies, vor derselben Stunde, vorgenommenen. Dies stände aber im Widerspruch einerseits mit der Natur der computatio a momento in momentum, andrerseits mit dem Wesen des Schalttags. Jener gemäß soll Jemand als Minderjähriger gelten, bis seit der Stunde seiner Geburt 25 Jahre vollständig, bis auf den letzten Moment, abgelaufen sind. Das ist aber am 24. Febr. noch nicht der Fall, weil dann die in den letzten drei Jahren ausgelassenen, durch den Schalttag nachzuholenden Vierteltage noch an dem ganzen Zeitraum fehlen. Wenn der 24. und 25. Febr. für einen Tag genommen werden, so ist gar kein Grund abzusehen, warum die Geburtsstunde des ersten Tags entscheidend sein soll; denn darin, daß der folgende Tag der Schalttag ist, kann ein Grund dafür nicht erkannt werden, weil eben der Schalttag dazu dient, die abgelaufenen Jahresfristen zu vervollständigen. Klar und einfach dagegen stellt sich die Rechnung, wenn der 24. Februar der posterior dies ist, qui intercalatur. Dann bleibt dieser, als bloße Reassumtion der zur Vervollständigung der 25 Jahre nachzuholenden vier Vierteltage, in der Zählung außer Ansatz, oder, wie man will, er gehört noch ganz und gar in den Umfang der 25 Jahre, und erst der 25. Februar ist der Tag, in dessen Umfang der eigentliche Endpunkt dieses Zeitraums fällt, der sich durch die der Geburtsstunde entsprechende Stunde dieses Tages erst völlig abschließt; er ist der dies natalis, während dessen

noch ante horam, qua natus est, minor 25 annis natu videtur, ut, si captus sit, restituatur. So ist auch die Schlußfolgerung des Celsus verständlich und einleuchtend: „sed posterior dies intercalatur, non prior; ideo, quo anno intercalatum non est, sexto kalendas natus, quum bissextum kalendis est, priorem diem natalem habet“.

Was uns hiernach unsre juristischen Quellen lehren, wird nun noch so klar wie möglich bestätigt durch Macrob. Sat. I. cap. 13. 14. Er sagt zuerst bezüglich des alten mensis intercalaris: „Romani non confecto Februario, sed post vicesimum tertium diem eius interkalabant, Terminalibus scilicet jam peractis; sodann in Beziehung auf den Julianischen Kalender: statuit, ut ... unum interkalarent diem, eo scilicet mense ac loco, quo etiam apud veteres interkalabatur, id est ante quinque ultimos Februarii mensis dies. Sollte sich auch erweisen lassen, daß das erste nicht ganz richtig oder etwa so zu interpretiren sei, daß jedenfalls nach dem 23., mitunter aber auch erst nach dem 24. Tag des Februars interkalirt worden sei: das zweite ist, soviel den Schlußsatz betrifft, unangreifbar; es läßt sich weder als unrichtig verdächtigen, noch anders deuten, als daß der 24. Tag des Schaltmonats der Schalttag des Julianischen Kalenders sei. Denn Macrobius mußte wissen, welcher Tag zu seiner Zeit der Schalttag war; dieser war nun unzweifelhaft stets derselbe; und ante quinque ultimos Februarii dies kann auf keinen Fall der 25. Tag dieses Monats sein, als welcher im Schaltjahr doch nicht mehr als 29 Tage zählt. Der Tag nach dem 23. und vor den 5 letzten Tagen des Februar kann nur der 24. sein. Und damit stimmt nun auch Censorinus überein, indem er von Caesar sagt: „instituit, ut peracto quadriennii circuitu, dies unus, ubi mensis quondam solebat, post Terminalia interkalaretur,“ nachdem er vorher von der Zeit vor Caesar bemerkt hatte: „in mense potissimum Februario, inter Terminalia et Regifugium (d. i. zwischen dem 23. und 24. Febr. eines gewöhnlichen Jahres) interkalatum est.“

Das, sollte man meinen, sei unwiderleglich, unwiderleglich selbst durch eine abweichende Angabe in der von einem obskuren Afrikaner herrührenden Inschrift, wenn eine solche auch wirklich vorläge. Doch Mommsen macht ja noch einen andern Umstand geltend, wenn auch nur in zweiter Linie. Livius (43, 11.) erwähnt der Interkalation vom J. d. St. 584 mit dem Bemerken: „tertio die post Terminalia kalendae intercalares fuerunt." Das kann nach unserm Sprachgebrauch heißen: „mit dem zweiten Tag nach den Terminalien, also dem Tag nach dem Regifugium, fing der Schaltmonat an." Dagegen vom J. 587 sagt derselbe Livius, (45, 44.): „postridie Terminalia intercalares fuerunt," also den Tag unmittelbar nach dem 23. Febr. begann der Schaltmonat. Darauf baut nun Mommsen folgendes System der Interkalation für das vorcaesarische Jahr: Genügte die Einschaltung eines Monats von 22 Tagen, so begann man diesen nach dem 23. Febr. (a. d. VII. kal. Mart. des gemeinen Jahrs), d. i. nach den Terminalien; bedurfte es aber der Einschaltung von 23 Tagen, so schoben sich die kalendae interkalares um einen Tag weiter vor, nach dem 24. Febr. oder a. d. VI. kal. Mart. des gemeinen Jahrs, d. i. auf den Tag nach dem Regifugium; auf solche Weise belief sich der Schaltmonat mit Hinzufügung der ihm angehängten noch übrigen 5 oder 4 Tage des Februarmonats regelmäßig auf 29 Tage. Daraus soll denn weiter hervorgehen, daß die Angaben der Alten über den Zeitpunkt der Interkalation „post Terminalia" von keiner Bedeutung seien für den Beweis, daß der Tag nach dem 23. Febr. der Julianische Schalttag sei. Mir scheint aber jene ganze Aufstellung an sich auf sehr schwachen Füßen zu stehen, und wenn sie auch richtig wäre, die Stärke der Argumente für den fraglichen Satz um nichts zu vermindern.

Es ist mehrfach bezeugt, daß vor Caesar die Interkalation oft sehr unregelmäßig, ja willkürlich gehandhabt wurde. Daher kann der Umstand allein, daß nach Livius' Angabe einmal die kalendae intercalares auf den zweiten (oder dritten) Tag post Terminalia verschoben waren, unmöglich genügen, um es auch nur wahrschein-

lich zu machen, geschweige denn zu beweisen, daß dieses gerade regelgemäß geschehen sei, nehmlich der Regel gemäß wonach abwechselnd einmal nach den Terminalien, das andre Mal nach dem Regifugium die Einschaltung erfolgt wäre, wie Mommsen S. 18. fg. ausführt. Aber Livius selbst widerlegt sogar das Bestehen einer solchen Regel, sobald einer solchen einzelnen Angabe nichtsdestoweniger so viel Beweiskraft beigelegt wird. Wenn nämlich nach Liv. 43, 11. im J. 584 nach dem Regifugium die Interkalation stattgefunden hatte, so müßte sie jener Regel gemäß im J. 586 nach den Terminalien eingetreten sein, und wiederum im Jahr 588 nach dem Regifugium. Statt dessen aber berichtet Livius (45, 44.) daß sie im J. 587 nach den Terminalien eingetreten sei. Also läge hier jedenfalls eine Unregelmäßigkeit der Interkalation, wenn nicht eine Unrichtigkeit in der Angabe, vor. Dem stehen nun die ganz positiven Angaben des Varro, Censorinus und Macrobius über die wirkliche Regel der alten Interkalation gegenüber. Der erste (de L. L. 6, 13.) sagt von seiner Zeit: „et quom intercalatur, inferiores quinque dies duodecimo demuntur mense“, der duodecimus mensis aber war früher, wie er vorher sagt, der Februarius. Damit ist es unvereinbar, daß ein um das andre Mal bei der Interkalation nicht die letzten 5, sondern nur die letzten 4 Tage vom Februar abgeschnitten worden seien, um so mehr unvereinbar, weil dann die vorhergehende Erklärung der Terminalia („quod is dies anni extremus constitutus“) noch wunderlicher wäre, als sie ohnehin schon erscheint. Censorinus ferner sagt, wie oben angeführt wurde: „in mense potissimum Februario inter Terminalia et Regifugium intercalatum est.“ Darin ist allerdings bestimmt genug angedeutet, daß diese Regel der Einschaltung nicht immer beobachtet wurde, daß es nur das Gewöhnliche war, die Einschaltung im Februar, und zwar zwischen dem 23. und 24. Febr., vorzunehmen. Aber es kann nicht mit Mommsen S. 22. so gedeutet werden, daß „nur gewöhnlich, nämlich nur bei dem 377-tägigen Schaltjahr, nach dem 23. Febr. eingeschaltet ward.“ Das potissimum steht im Gegensatz gegen jede Abweichung von der Regel, und zwar zunächst gegen die, wenn

nicht in mense Februario, dann auch gegen die, wenn zwar in diesem Monat, aber nicht inter Terminalia et Regifugium eingeschaltet ward. Es wäre in letzter Beziehung ein ganz ungeeignetes Wort, wenn der Verfasser der Meinung gewesen wäre, daß in jedem 378-tägigen Schaltjahr, regelmäßig also in jedem vierten Jahre, die Einschaltung erst nach dem Regifugium stattgefunden habe. Eben so wenig kann das Zeugnis des Macrobius beseitigt werden, welcher die regelmäßige Einschaltung schlechthin post vigesimum et tertium diem Februarii setzt, und sofort hinzufügt, daß die reliqui Februarii dies, qui erant quinque, dem Interkalarmonat angehängt wurden. Wer sich so ausdrückt, kann nicht die Vorstellung gehabt haben, daß regelmäßig eben so oft erst post vigesimum et quartum diem Februarii interkalirt wurde und nur quatuor dies eius mensis als Anhängsel des Interkalarmonats übrig blieben.

Aber wenn auch eine so gewaltsam einschränkende Erklärung dieser Angaben zulässig wäre, so würde dadurch doch das Zeugnis der beiden letztgenannten Autoren, daß der Julianische Schalttag auf den 23. Febr. oder inter Terminalia et Regifugium fiel, wie schon oben dargethan wurde, nicht im Mindesten geschwächt werden: oder man müßte beide mit einem gerade entgegengesetzten Prädicat belegen, als demjenigen, welches Mommsen S. 18. dem einen der beiden, indem er selbst sich auf das Zeugnis des „sorgfältigen Censorinus" stützt, beilegt.

Nach allem diesem halte ich dafür, daß Mommsens Anfechtung die bisher herrschende Ansicht durchaus nicht erschüttert, schmeichle mir vielmehr, daß sie mittelbar, indem sie diese Entgegnung hervorgerufen, dieselbe noch mehr zu befestigen beigetragen habe. Vollkommen entsprechend dem Julianischen Kalender bezeichnet der Kirchenkalender seit undenklicher Zeit den 24. Febr. als den Schalttag, und ganz entsprechend der Bestimmung des dies natalis in L. 98. pr. cit. verlegt er das Fest des heil. Apostels Matthias, d. i. das Fest der Erinnerung an dessen zweite Geburt zu einem höhern Leben, auf den 25. Februar, wenn gleich darüber nach cap. 14. X. de V. S. im Mittelalter verschiedene Meinungen bestanden haben.

XI.

Nachtrag zu den kleinen Beiträgen.

Von E. J. Bekker.

In meinen auf S. 116—122 befindlichen Ausführungen ist ein wichtiges Quellenzeugnis unbeachtet geblieben:

> fr. 10 de A. E. V. 19. 1. Non est novum ut duae obligationes in ejusdem persona de eadem re concurrant. cum enim is qui venditorem obligatum habebat ei, qui eundem venditorem obligatum habebat, heres exstiterit, constat duas esse actiones in ejusdem persona concurrentes, propriam et hereditariam; et debere heredem institutum si velit separatim duarum actionum commodo uti ante aditam hereditatem proprium venditorem convenire, deinde adita hereditate hereditarium. quodsi prius adierit hereditatem unam quidem actionem movere potest, sed ita ut per eam utriusque contractus sentiat commodum. ex contrario quoque si venditor venditori heres exstiterit, palam est duas evictiones eum praestare debere.

Ulpian erörtert hier ex professo einen der Fälle die ich beiläufig in die Besprechung des Hauptfalls hineingezogen hatte (vergl. S. 119 Z. 18 v. o.). Seine Entscheidung entspricht meiner Auffassung betreffs des vorhandenen Ansprüche vollkommen, nur was die Form dieselben geltend zu machen anlangt muß ich mir in einer

Beziehung eine Belehrung gefallen lassen: ich hatte nicht unterschieden, und also angenommen daß auch nach angetretener Erbschaft der Käufer und Käufererbe getrennte Processe anstellen könne. Dies verneint Ulpian, „unam quidem actionem movere potest", und vertritt hiermit ein jus singulare, das wol ebenso aus dem Bestreben die Zahl der Processe zu vermindern geflossen ist wie die Entscheidungen in fr. 25 § 3—5 fam. erc. 10. 2, fr. 52 § 14 pro socio 17. 2, fr. 7 § 5 de injur. 47. 10, und die exc. rei residuae und litis dividuae.

Dagegen aber erkennt Ulpian ausdrücklich an, daß hier duae obligationes in ejusdem persona de eadem re concurrunt, und daß diese beiden Obligationen nicht etwa in ihren Erfolgen in einander aufgehn, „sed utriusque contractus sentiat commodum."

Daraus folgt mit Nothwendigkeit daß der Käufer gegen Erlegung beider Preise die Waare und den Werth der Waare fordern darf; ist also die Sache 120 werth aber einmal für 100 das andremal für 80 verkauft, gegen Erlegung von 180 Waare und 120, d. h. die Waare für 60 fordern darf. Versteht sich aber daß Käufer wenn er will auch nur je eine der Klagen anstrengen, die Waare für 80 fordern kann, denn wem das Mehr zusteht, gebührt stets auch das Weniger. Umgekehrt aber kann der Verkäufer bei verkaufter Species für sich nie mehr als das commodum alterius contractus verlangen; denn um aus beiden Vortheil zu haben müßte er aus beiden klagen können, und um dies mit Erfolg zu thun dieselbe Species zu einer Zeit zweimal offeriren können.

In allem wesentlichen wird also unsere Entscheidung durch die hier nachgebrachte Stelle bestätigt.

XII.

Literaturübersicht.

(November 1858 bis Februar 1859.)

1) Encyklopädie und Philosophie des Rechts; Aufgabe, Zweck, Methodik und Literatur der Rechtswissenschaft.

Fünfundfünfzig Themata aus der Rechtsphilosophie. Kiel. Akadem. Buchhdlg. gr. 8. 1½ Sgr.
Hälschner, H., das juristische Studium in Preußen. Bonn. Marcus. gr. 8. ¼ Thlr.
Muther, Th., der Reformationsjurist D. Hieronymus Schurpf. Ein Vortrag. Erlang. Deichert. 1858. 8. 6 Sgr.
Pape, Aphoristische Bemerkungen s. sub 5.
Snell, W., Naturrecht. Neue Ausg. Bern. Huber & Co. gr. 8. 2 Thlr. Mit Porträt 2⅓ Thlr.
Thiercelin, Essais de littérature du droit. In-18 jésus, VII—388 p. Paris. 1859. 4 fr.

2) Geschichte und Quellen des Rechts; Exegese und Hülfsmittel zum Gebrauch der Quellen.

a) Römisches Recht.

Buelow, O., de praejudicialibus formulis. (Dissertat. inaugural.) Vratislaviae. A. Gosohorsky. 8°. ⅓ Thlr.
Daniel, C. G. F. (L.) Der Legisactionen- u. Formularprozeß d. alt. Römer aus eigenen Quellenforschungen. Schwerin. Stiller. 1858. gr. 8. 1⅓ Thlr.
Demelius, die Rechtsfiction s. sub 3.
Dirksen, H. E., Der Rechtsgelehrte Aulus Cascellius, ein Zeitgenosse Cicero's. Berl. Dümmler. 1858. gr. 4. 8 Sgr.
Foucarde-Prunet, Gaston C., Du pacte de constitut, en droit romain. s. sub 11.
Lesenne, N. M., de la propriété etc. s. sub 11.
Marezoll, Th., de partitionis legato selecta capita. Lips. Duerr. gr. 4. 4½ Sgr.
Mommsen, Th., die Röm. Chronologie bis auf Cäsar. 2. Aufl. Berl. Weidmann. 8. 1¾ Thlr.
Pepert, E., Erklärung der L. 12 C. de usufructu (III. 33) u. motivirte Entscheidung der dort berührten Fälle nach dem Preuß. allgem. Landrecht. Pasewalk. Braune. gr. 8. ¼ Thlr.
Schimmelpfennig, Hommel rediuiuus etc. Cassel. Fischer. 5., 6., 7. Lfg. à ½ Thlr.

v. Theodori, Octav, Ueber das Interdict des Röm. Rechts z. Erhaltung des Besitzes. Inauguralabhdlg. München. Kaiser. gr. 8. 8 Sgr.
Voigt, M., das jus naturale u. s. w. 4. Bds. 2. Abth. Leipz. Voigt & Günther. gr. 8. $1\frac{3}{4}$ Thlr.

b) Deutsches Recht.

Dittmer, G. W., die Reichsvögte der freien Stadt Lübeck während des 13. u. 14. Jahrh. und der ihnen verliehene Reichszins. Lübeck. Dittmer. 1858. gr. 8. 6 Sgr.
Chlumecky, P. R. v., das Troblitschenner Buch, eine Quelle z. Rechtsgesch. d. 15. Jahrh. in Mähren. Brünn. Nitsch & Große. 4 Sgr.
Chmel, J., die österr. Freiheitsbriefe. (2. Artikel.) Wien. Gerold. 1858. Lex.=8. 7 Sgr.
Ficker, J. Ueber d. Entstehg. d. Sachsenspiegels u. die Ableitg. d. Schwabenspiegels aus d. Sachsenspiegel. Innsbruck. Wagner. gr. 8. 24 Sgr.
—— Der Spiegel deutsch. Leute. Textabdr. d. Innsbrucker Hdschr. Innsbruck. Wagner. gr. 8. $1\frac{1}{2}$ Thlr.
Helfferich, A., Entstehung u. Geschichte des Westgothen=Rechts. Berlin. G. Reimer. gr. 8. 2 Thlr.
Tomaschek, J. A., deutsches Recht in Oesterreich im 13. Jahrh. Auf Grundlage d. Stadtrechts v. Iglau. Wien. Tendler & Co. gr. 8. 2 Thlr.

c) Altgriechisches Recht.

Westermann, A., Commentatio de jurisjurandi judicum Atheniensium formula quae exstat in Demosthenis oratione in Timocratem. Pars I. et II. Lips. Duerr. gr. 4. $7\frac{1}{2}$ Sgr.

3) Gemeines Civilrecht.

Beckhaus, F. W. K., Ueber d. Ratihabition d. Rechtsgeschäfte. Civilistische Abhandlg. Bonn. Henry & Cohen. gr. 8. $\frac{1}{3}$ Thlr.
Demelius, G., die Rechtsfiction in ihrer geschichtl. u. dogmat. Bedeutung. Eine jurist. Untersuchung. Weimar. Böhlau. 1858. gr. 8. 16 Sgr.
Esmarch, C., Grundsätze des Pandektenrechts z. akadem. Gebrauch. 1. Heft: Allg. Theil. Dingl. Rechte. Forderungsrechte. Wien. Baumüller. gr. 8. 1 Thlr.
Guenther, C. F., Dissertatio, qua tractatur quaestio ad jus molarum pertinens. Lips. Duerr. gr. 4. 3 Sgr.
Hesse, C. A., Ueber d. Rechtsverhältn. zwischen Grundstücks=Nachbarn; insbesondre über die cautio damni infecti u. die aquae pluuiae arcendae actio etc. Eisenberg. Schöne. $1\frac{2}{3}$ Thlr.
Hiersemenzel, C. C. E., Zur Lehre vom kaufm. Commissionsgeschäfte. Leipz. Reichenbach. gr. 8. 1 Thlr.
Kalessa, F. E., Handb. des österr. u. gesammten deutschen Wechselrechts. s. sub 4.
Koch, C. F., Recht der Forderungen. s. sub 4.
Koch, W., Deutschlands Eisenbahnen. Versuch einer systemat. Darstellung der Rechtsverhältnisse aus der Anlage u. dem Betriebe derselben. 2. Thl. Marb. Elwert. gr. 8. $2\frac{2}{3}$ Thlr.
Kreßner, P. M., Systemat. Abriß der Bergrechte. s. sub 4.
Regelsberger, F., Zur Lehre v. Altersvorzug d. Pfandrechte. Eine civilist. Abhandlg. Erl. Enke. Lex.=8. $\frac{2}{3}$ Thlr.
Wieding, K., die Transmission Justinian's, insbes. d. Wissen u. Nichtwissen der transmittirenden Erben. Leipz. Voigt & Günther. 8. $\frac{2}{3}$ Thlr.

Witte, H., die Bereicherungsklagen des gem. Rechts. Halle. Pfeffer. gr. 8. 1⅔ Thlr.

4) Partikuläres Civilrecht.

Brassert, H., Bergordnungen der Preußisch. Lande. Sammlung d. in Preußen gültigen Bergordnungen nebst Ergänzungen ꝛc. Cöln. Eisen. 1858. gr. 8. 6⅔ Thlr.

Ergänzungen u. Erläuterungen der Preuß. Rechtsbücher ꝛc. 4. Ausg. Bearb. von L. v. Rönne. 1. Bd. Ergänzungen d. Allg. Landrechts. Thl. I. 3. 4. Lfg. Berl. Decker. 4. à 1 Thlr.

Fischer, F., Lehrbuch des österr. Handelswesens mit vorzügl. Rücksicht auf d. neuesten Kammer- u. Cameralgesetze. Bearb. v. F. Ellinger. 3. Aufl. ꝛc. Neuer Abdruck. Wien. Braumüller. 8. 20 Sgr.

Gesetz über die Abtretung von Privateigenthum für öffentl. Zwecke im Großherzogth. Hessen mit einigen erläuternden Bemerkgen. Darmstadt. Lange. 1858. gr. 8. 2 Sgr.

Gräff, H., die Rechtsverhältnisse des Domanial-Mitbaurechts in d. Provinzen Schlesien, Sachsen u. Posen. Breslau. Aderholz. gr. 8. ¼ Thlr.

Hahn, C., Nachträge zur (Preuß.) Concursordnung. Gesetze, Verfügungen, Entscheidungen. Breslau. Kern. 1858. gr. 16. 2½ Sgr.

Hintze, E. A., Hannöv. Seerecht in Beziehung auf das Herzogth. Bremen u. Fürstenth. Lüneburg. 1. Hft. Hannover. Hahn. gr. 8. ⅓ Thlr.

Kalessa, F. E, Handb. des österr. u. gesammt. dtschn. Wechselrechts. 5. Aufl. Wien. Braumüller. gr. 8. 1 Thlr. 10 Sgr.

Kheil, C. P., Wechselrecht des österr. Kaiserstaats. 2. Aufl. Prag. André. gr. 8. 1⅓ Thlr.

Koch, C. F., Recht der Forderungen ꝛc. 2. Ausg. Bd. 1. Lfg. 5. Bd. 2. Lfg. 2 u. 3. Berl. Guttentag. 8. à ⅔ Thlr.

Konkursordnung f. d. Preußisch. Staaten vom 8. Mai 1855 ꝛc. 2. Aufl. Breslau. Kern. 1858. gr. 16. ¼ Thlr.

Kreßner, P. M., Systemat. Abriß der Bergrechte in Deutschland mit vorzügl. Rücksicht auf d. Königr. Sachsen. Freiberg. Engelhardt. 1858. gr. 8. 2⅓ Thlr.

Pepert, E., Erklärung der L. 12 C. de usufructu. s. sub 2a.

5) Civilprozeß, Gerichtsverfassung, Praxis und freiwillige Gerichtsbarkeit.

Bender, J., Repetitorium des gem. dtschen. Civilprozesses f. Studirende u. Prüfungscandidaten. Göttingen. Wigand. 8. ½ Thlr.

Berner, F., Das Verfahren in bürgerl. Streitsachen vor den Württemb. Gerichten. Hrsg. von Schäfer. 2. Heft. Stuttgart. Belser. 1858. gr. 8. 28 Sgr.

Callenberg, F. J., Reglement der Subaltern-Bureaus d. Kgl. Preuß. Gerichte in seiner jetzigen Gestalt. 3. Lfg. Sigmaringen. Liehner. Lex.-8. ¼ Thlr.

Die Justiz-Assessoren u. d. Advokatur in Preußen. Ein Votum v. einem Preußischen Justizbeamten, aber keinem unbesoldeten Assessor. Stettin. Graßmann. 8. 4 Sgr.

Gesetz f. d. Herzogth. Oldenburg, den bürgerl. Proz. betr. Mit Anmerk. z. prakt. Gebrauche versehen v. H. H. Becker. Oldenburg. Schulze. gr. 8. 1⅓ Thlr.

Instruktion (bayerische) f. d. Schätzungen u. Schatzmänner in Hypothekensachen u. gesetzl. Bestimmungen üb. d. Schätzungen bei Gantsachen ꝛc. München. Franz. 1858. gr. 16. ⅙ Thlr.

Königlich Sächsischer Canzlei- u. Judicial- od. Expeditions-Kalender auf d. J. 1859. 45. Ausg. Leipz. u. Dresd. Naumann. 4. baar ½ Thlr. - Durchschoss. u. cart. baar ⅔ Thlr.
Lundberg, E., Das gerichtl. Abschätzungsverf. (in Preußen) nebst Gebührentaxen f. Sachverständige aller Branchen. Berl. Nicolai 1858. gr. 8. ⅚ Thlr.
Mitbecher, W., Handb. d. Civiljurisdictionsnormen f. sämmtl. Kronländer d. österr. Monarchie. Wien. Tendler. & Co. gr. 8. 2 Thlr.
Pape, H. M. M., Aphorist. Bemerkgn. über Einzelrichter, jurist. Prüfungen u. Besoldungen. Königsb. 2 Thle. gr. 8. 2 Thlr.
Schuster, F., das Amortisirungsverfahren bei Staatsobligationen u. anderen Urkunden durch d. österr. Civilgerichte. Wien. F. Manz. gr. 8. 14 Sgr.
—— Das (österr.) Gesetz über das Verfahren außer Streitsachen vom 9. Aug. 1854 sammt den bezügl. Verordnungen. 1. Abth. Wien. F. Manz. gr. 8. 1 Thlr. 12 Sgr.
Sentz, A., der Wirkungskreis der Urbarialgerichte in Siebenbürgen zum Behufe der Geltendmachung verletzter od. bestrittener Urbarialrechte d. ehemal. Grundherren u. Unterth. Hermannstadt. Steinhaussen. 1858. gr. 8. 1⅓ Thlr.
Seuffert, J. A, Kommentar üb. d. bayer. Gerichtsordn. Fortges. in Verbindung m. J. J. Lauck. 2. Aufl. 4. Bd. 3. Lfg. Erl. Palm & Encke. 1858. 28 Sgr.
Strippelmann, F. G. L., Die Sachverständigen im gerichtl. u. außergerichtl. Verfahren. 1. Abth. 1. Hälfte. Cassel. Fischer. gr. 8. 2 Thlr.
Ueber Insinuationswesen u. Contumacialverfahren in Preußen m. Bezugnahme auf andere dtsche. Staaten. Leipz. Mendelssohn. Lex.-8. 12 Sgr.
v. Nöldendorf-Warabein, Gesetzvorschlag etc. s. sub 10.
Wagner, J. G., Grundzüge d. Gerichtsverfassg. u. d. untergerichtl. Verfahrens sowohl in streitig. Civilsachen als bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Kurhessen. 4. Aufl. 2. Lfg. Marb. Elwert. gr. 8. 1 Thlr.
Walther, O. A., Genetische Entwickelung d. Lehre vom sogen. Manifestationseide. s. Archiv f. prakt. Rechtswissensch. Hrsg. v. Elvers. sub 9.
Zur Orientirung in der (hannöverschen) Justizreformfrage v. einem Unbetheiligten. Hannover. Rümpler. 1858. gr. 8. 6 Sgr.

6) Staats-, Völker- und öffentliches Recht.

Barby, P., The Theory and Practice of the International Trade of the United States and England, and of the Trade of the United States and Canada etc. 8. (Chicago) London. 7s. 6d.
Bastide, J., La République française et l'Italie en 1848; récits, notes et documents diplomatiques. In 12. (Collection Hetzel) Bruxelles. 1 Thlr. 6 Sgr.
Bayer'sches Gemeindebuch. Sammlg. d. Gesetze u. Verordnungen üb. Verfassg. u. Verwaltg. der Orts- u. Distriktsgemeinden im diesseitigen Bayern etc. Nördl. Beck. gr. 8. 16 Sgr.
Bischof, H., Ministerverantwortlichkeit u. Staatsgerichtshöfe in Deutschland. s. Archiv v. Linde sub 9.
Das Staatslexikon, hrsg. v. v. Rotteck u. Welcker etc. 3. Aufl. 25—29. Hft. Leipz. Brockhaus. Lex.-8. à 8 Sgr.
Deutsches Staatswörterbuch etc. 31—34. Hft. à ⅓ Thlr.
Die Verfassungsurkunde f. d. Preuß. Staat v. 31. Jan. 1850. Bearb. v. L. v. Rönne. 3. Aufl. Berl. Heymann. gr. Lex.-8. ¾ Thlr.
Ebhardt, C. H., Die Staatsverfassung des Kgr. Hannover. 1. Lfg. Hannov. Rümpler. gr. 8. 1 Thlr.

Fürstlich Schwarzburg-Rudolstädtischer Hof- und Behörden-Almanach. 1. Jahrg. 1859. Rudolstadt. (Leipz. Wagner.) 8. 1/6 Thlr.

Gemeinsame Rechte Holsteins u. Schleswigs. Nach d. Kgl. Erlasse v. 6. Nov. 1858. Itzehoe. Nusser. gr. 8. 1/4 Thlr.

Gothaischer genealogischer Hofkalender nebst diplomatisch-statistischem Jahrb. auf das Jahr 1859. 96. Jahrg. Gotha. Perthes 1858. 32. In engl. Einb. 1 1/3 Thlr. Prachtausg. 2 1/3 Thlr. (Auch in franz. Sprache.)

Gothaisches genealogisches Taschenb. der Freiherrl. Häuser auf das J. 1859. 9. Jahrg. Gotha. Perthes. 1858. 32. In engl. Einb. 1 1/2 Thlr. Prachtausg. 2 1/2 Thlr.

Gothaisches genealogisches Taschenb. der gräflichen Häuser auf d. Jahr 1859. 32. Jahrgang. Gotha. Perthes. 1858. 32. In engl. Einb. 1 1/2 Thlr. Prachtausg. 2 1/2 Thlr.

Jasmund, J. v., Aktenstücke zur oriental. Frage. Nebst chronolog. Uebersicht. 3. Bd. Berl. Schneider. gr. 8. 1 1/3 Thlr.

Illustrirte deutsche Adelsrolle &c. Leipz. Schäfer. 4.—6. Lfg. gr. 8. à 1/3 Thlr.

La jurisdiction des consuls étrangers et spécialement des consuls d'Autriche dans les principautés danubiennes. In 8. 63 p. Paris.

Lagemans, E. G., Recueil des traités et conventions conclus par le Royaume des Pays-Bas avec les puissances étrangères, depuis 1813 jusqu'à nos jours. Tome I. La Haye. 1858. Roy.-8. 5 fr.

Manecke, U. F. C., Kur- u. fürstl. braunschw.-lüneburg. Staatsrecht. Bearb. bis zum Jahre 1800. Celle. Capaun-Karlowa. gr. 8. 2 Thlr.

Mascher, H. A., Die städtische Kommunalverfassg. od. der städtische Kommunalbeamte Preußens. Potsdam. Horvath. gr. 8. 2 1/3 Thlr.

Recueil, nouveau, général de traités etc. par Ch. Samwer. Tome XVI. Partic. 1. Göttingen Dieterich. 1858. gr. 8. 3 Thlr. 24 Sgr.

Rönne, L. v, Das Staatsrecht der Preuß. Monarchie. 3. Lfg. Leipz. Brockh. 1858. Lex.-8. 1 2/3 Thlr.

Siebmacher's, J., Großes u. allgem. Wappenbuch in einer neuen verm. Aufl. Hrsg. v. O. T. v. Hefner. 47. 48. Lfg. od. I. Bd. 2. Abth. 5. 6. Hft. Nürnberg. Bauer & Raspe. gr. 4. à 1 Thlr. 18 Sgr.

Verfassungsurkunde f. d. Preuß. Staat mit den sie abändernden u. ergänzenden Gesetzen sowie erläuternden Anmerkgen 3. Aufl. Breslau. Aderholz. gr. 8. 8 Sgr.

7) Kirchenrecht.

Carramolino, I. Mt., Elementos de derecho canónico, con la disciplina particular de la iglesia de España despues de la publicacion del Concordato de 1851. 2 tomos. Madrid. 1857. Mellado. 8°. 3 Thlr.

Das St. Gallische Staatskirchenrecht zur Beleuchtg. d. Denkschrift: „Die Lage d. kath. Kirche unter d. Herrschaft desselben im Canton St. Gallen. St Gallen. Scheitlin & Zollikofer. 1858. gr. 8. 6 Sgr.

Fecht, H. A., die ehegerichtl. Geschäfte der gemeinschaftl Oberamtsgerichte u. Unterämter in Württemberg. Stuttg. Nitschke. gr. 8. 1/3 Thlr,

Gräff, F. W., Das Eigenth. d. kath. Kirche an den ihrem Cultus gewidmeten Metropolitan-, Cathedral- u. Pfarrkirchen &c. Trier. Lintz. gr. 8. 24 Sgr.

Helfert, J., Anleitung zum geistl. Geschäftsstyle nach gem. u. österr. Kirchenrechte. Unter Mitwirkg. v. E. Tersch zum 8. Male neu hrsg. v. J A. v. Helfert. Prag. Tempsky. gr. 8. 2 Thlr. 6 Sgr.

Hüffer, H., Die Verpflichtung d. Civilgemeinden zum Bau und zur Ausbesserung der Pfarrhäuser nach den in Frankreich u. d. preuß. Rheinprovinz am linken Ufer geltenden Gesetzen. Münster. Aschendorf. gr. 8. 1/2 Thlr.

Loberschiner, F. A., Praktische Anl. zum gesetzmäßigen Verfahren in Eheangelegelegenheiten auf Grundlage des m. kaiserl. Patent v. 8. Okt. 1858 erlassenen Gesetzes für Seelsorger bearb. 4. Aufl. Budweis. Hansens Buchh. gr. 8. 1½ Thlr.

Schöpf, Handb. d. kath. Kirchenrechts m. besonderer Bezugn. auf Oesterreich u. m. Rücksicht auf Oesterreich. 4. Bd. Schaffhausen. Hurter. 1858. gr. 8. 2½ Thlr.

Trummer, C., Die innere Mission auf d. Gebiete d. Rechtswissenschaft. 3. Hft. (Aphorismen üb. d. christl. Kirchenrecht) Frankf. Brönner. gr. 8. 1 Thlr.

Walter, F., Zu Richters Kirchenrecht. Bonn. Marcus. gr, 8. 2½ Sgr.

8) Kriminalrecht und Proceß.

Der neue Pitaval 2c. 27. Thl. 3. Folge. 3. Thl. Leipz. Brockhaus. gr. 12. 2 Thlr. 2. Aufl. 8. Thl. Ebendas. gr. 12. 1 Thlr.

Die Anklage des Aufruhrs, welche d. Unterthanen Sr. Maj. d. Kön. in Dänemark u. in d. Herzogth. Schlesw. u. Holst. geg. einander erhoben haben, rechtl. u. politisch geprüft. Hamb. Perthes-Besser u. Mauke. gr. 8. 9 Sgr. 2. Aufl. Ebendas. gr. 8. 9 Sgr.

Dollmann, C. F, Das Kön. bayer'sche Str.-Proz.-Gesetz v. 10, Nov. 1848 in Verbindg. m. d. noch gültigen Bestimmungen des 2. Theils des Str.-G.-B. v. J. 1813. 2. Hft. Erl. Palm u. Enke. 1858. 12 Sgr.

Herbst, E., Handb. d. allg. österr. Strafrechts. 2. Bd. Von Vergehen und Uebertretungen. 2. Aufl. Wien. F. Manz. gr. 8. 2 Thlr.

Poland, F., Rechtsgelehrte Richter od. Geschworene? Ein Vermittlungsvorschlag m. Rücksicht auf d. neue sächs. Strafverfahren, den Gebildeten aller Stände gewidmet. Leipz. Jackowitz. 1858. gr. 8. ⅙ Thlr.

Rinecker, St., (Bayer.) Gesetz v. 10. Nov. 1848 d. Untersuchung u. Aburtheilg. der Aufschlags-Defraudationen betr. erläutert. Erl. Palm u. Enke. 1858. gr. 8. 8 Sgr.

Samhaber, F., Ueber Staatsverbrechen bayer. Unterth. geg. auswärt. Staaten. Inauguralabhdlg. Aschaffenburg. Krebs 1858. gr. 8. ¼ Thlr.

Temme, J., Deutsche Kriminalgeschichten. 4. Bdchn. Leipz. Magazin f. Literatur. 8. 12 Sgr.

v. Wächter, C. G., Das königl. Sächs. u. d. Thüring. Strafrecht. 3. Lfg. Stuttg. Metzler. gr. 8. 18 Sgr.

Zenetti, C. A., Betrachtungen üb. d. jüngste bayer. Strafgesetzgebg. Augsb. Kollmann. gr. 8. ⅓ Thlr.

9) Zeitschriften und casuistische Literatur.

Ackermann, G. A., Rechtssätze aus Erkenntnissen 2c. der obersten Justiz- u. Spruchbehörden d. Kgr. Sachsen. N. F. 8. Bd. 4. Heft. u. 9. Bd. 1. Heft. Wurzen. Verlags-Comtoir. 1858. gr. 8. à ⅔ Thlr.

Allgemeine Gerichtszeitung f. d. Kgr. Sachsen u. die großherzogl. u. herzogl. sächs. Länder. Hrsg. v. O. Schwarze. 3. Jahrg. 1859. 1. Hft. Leipz. Voigt u. Günther. Lex.-8. halbjähr. 2 Thlr.

Annalen der herzogl. badischen Gerichte. Red. Stempf. 26. Jahrg. 1859. Mannheim. Bensheimer. gr. 8. pr. cplt. 2⅓ Thlr.

Archiv f. d. Praxis d. oldenb. Rechts. Hrsg. v. Becker, Großkopf u. Runde. 6 Bd. 1. St. Oldenb. Schulze. gr. 8. pr. cplt. 1½ Thlr.

Archiv für deutsch Wechselrecht. Hrsg. v. Siebenhaar u. Tauchnitz. 7. Bd. 3. u. 4. Heft. Leipz. Tauchnitz gr. 8. à ⅔ Thlr.

—— für prakt. Rechtswissensch. Hrsg. v. C. F. Elvers, C. Hoff-

mann, M. Schäffer u. C. Seitz. 3. Beilageheft. Marb. Elwert. gr. 8. Subscr.-Pr. 5/6 Thlr. Ladenpr. 1 Thlr. Enthaltend Walthers Genet. Entwickelung vom Manifestationseid.

Archiv f. strafrechtl. Entscheidungen der oberst. Gerichtshöfe Deutschlands. Hrsg. v. J. D. H. Temme. Jahrg. 1858. 3. Hft. Erl. Enke. gr. 8. 2/3 Thlr.
— f. das öffentliche Recht des dtschn. Bundes. Hrsg. v. J. T. B. v. Linde. 3. Bd. 2. Hft. Gießen. Ferber. gr. 8. 1/2 Thlr.
— f. d. Civil- u Criminalrecht d. Kgl. Preuß. Rheinprovinzen. 54. Bd. od. N. F. 47. Bd. 1. Hft. Cöln. P. Schmitz. gr. 8. pro 4 Hefte 2 1/3 Thlr. Generalregister üb. d. Gesammtinhalt der von 1848—1857 erschienenen Bände (43—52) des Archivs rc. 2. Bd. 1. Lfg. Ebendas. hoch 4. 2 2/3 Thlr.
— f. Entscheidungen rc, Hrsg. v. J. A. Seuffert u. E. A. Seuffert. 12. Bd. 2. Hft. München. Literar.-artist. Anstalt. gr. 8. 22 Sgr.
— f. Rechtsfälle die zur Entscheidung des Kgl. (Preuß.) Ober-Tribunals gelangt sind. Hrsg. v. Th. Striethorst. N. F. 2. Jahrg. Berl. Guttentag. gr. 8. pr. cplt. 4 2/3 Thlr
Blätter f. Rechtspflege in Thüringen u. Anhalt rc. Jena. Frommann. Alphabet. geordn. Sachregist. I. die 5 ersten Bde. umfassend. gr. 8. 8 Sgr.
Centralblatt f. die Büreau-Beamten der Justiz. Red. v. Hönighaus u. Fenner. 6. Jahrg 1859. Nr. 1. Berl. Geelhaar. gr. 4 pr. cplt. baar 1 Thlr.
Der Gerichtssaal. Zeitschrift rc. Hrsg. v. Arnold rc. 11. Jahrg. 1859. 1. Hft. Erl. Enke. gr. 8. pr. cplt. 2 Thlr. 16 Sgr.
Die Strafrechtspflege in Deutschland. Hrsg. v. v. Groß. 6. Hft. Weimar. Landes-Industrie-Comtoir. gr. 8. 12 Sgr.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Preuß. Rechts durch Theorie und Praxis. 2. Jahrg. 3. Heft. Hamm. Grote. gr. 8. 2/3 Thlr.
Hauser, O. L., Annalen d. Rechtspflege u. Verwaltg. in Kurhessen. 6. Jahrg. Nr. 1. Göttingen. Wigand. 1858. pr. cplt. 3 Thlr.
Jahrbücher d. deutsch. Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung. Hrsg. v. H. Th. Schletter. 4. Bd. 3. Hft. Erl. Enke. 1858. gr. Lex.-8. 2/3 Thlr. 5. Bd. 1. Hft. Ebendas. gr. Lex.-8. 2/3 Thlr.
Justiz-Ministerialblatt f. d. Preuß. Gesetzgebung u. Rechtspflege. 21. Jahrg. 1859. Nr. 1. Berl. Decker. 4. pr. cplt. 2 Thlr.
Kritische Ueberschau d. dtschn. Gesetzgebg. u. Rechtswissenschaft. Hrsg. v Arndts, Bluntschli u. Pözl. 6. Bd. 3. Hft. München. Literar.-artist. Anstalt. gr. 8. 24 Sgr.
Magazin f. badische Rechtspflege u. Verwaltung. Hrsg. v. Zentner, Renaud u. Spohn. 4. Bd. 1. Hft. Mannheim. Löffler. gr. 8. pr. cplt. 2 Thlr. 24 Sgr.
Monatsschrift f. d. willkürliche Gerichtsbarkeit u. d. Notariat in Württemberg. Hrsg. v. G. Beutelspacher u. R. Dann. Jahrg. 1859. Nr. 1 u. 2. Stuttg. Metzler. gr. 8. pr. cplt. 1 2/3 Thlr.
Neues Archiv f. Handelsrecht. Hrsg. v. Voigt u. Heinichen. 1 Bd. 4. Hft. Hamb. Perthes-Besser & Mauke. gr. 8. 2/3 Thlr.
Oesterreichische Vierteljahrsschrift f. Rechts- u. Staatswissenschaft. Hrsg. v. F. Haimerl. 2. Jahrg. 1859. Wien. Braumüller. 1. Hft. gr. 8. pr. cplt. 4 Thlr.
Peitler, F., Sammlung von Entscheidungen z. allgem. österr. bürgerl. Gesetzb. 7. Lfg. Wien. F. Manz. 1858. Lex.-8. 2/3 Thlr.
Sammlung d. oberstrichterlichen Plenar-Beschlüsse in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten u. d. Erkenntnisse üb. Competenzconflicte zw. Gerichts- u. Verwaltungsbehörden. 2. Bd. 2. Hft. München. Franz. 1858. gr. 8. 24 Sgr.

Sammlung interessanter Erkenntnisse aus d. gem. u. bayer. Civilrecht u. Prozesse. Hrsg. v. C. Arendts. 5. Bd. 3. Hft. Nördl. Beck. gr. 8. ½ Thlr.

Sammlung von Entscheidungen des O.-A.-G. zu Lübeck in Lübecker Rechtss. Hrsg. v. C. A. T. Bruhn. 2. Bd. Lübeck. Rohden 1858. gr. 8. 3 Thlr.

Seuffert, G. K. L., Streitfragen aus den Erkenntnissen d. obersten Gerichtshofs des Königr. Bayern in Competenzconflicten zw. Gerichten u. Verwaltungsbehörden. 2. Aufl. München. Giel. Lex.-8. 16 Sgr. Dieselben. 1. Nachtrag zur 1. Aufl. Ebendas. 2. Aufl. Lex.-8. 4 Sgr.

Seuffert's, J. A., Blätter f. Rechtsanwendung zunächst in Bayern. Red. Steppes. 24. Jahrg. 1859. Nr. 1. Erlangen. Palm & Enke. gr. 8. pr. cplt. 2 Thlr.

Wochenblatt f. merkwürdige Rechtsfälle. Red. Th. Tauchnitz. N. F. 7. Jahrg. 1859. Nr. 1. Leipz. B. Tauchnitz. vierteljähr. 1 Thlr.

Zeitschrift f. deutsches Recht u. dtsche. Rechtswissensch. Hrsg. v. Beseler, Reyscher u. Stobbe. 19. Bd. 1. Hft. Tübingen. Fues. gr. 8. pr. cplt. 3 Thlr.

Zeitschrift f. d. gesammte Handelsrecht. Hrsg. v. Goldschmidt. 1. Bd. 3. u. 4. Hft. Erl. Enke. gr. 8. à ⅔ Thlr. 2. Bd. 1. Hft. Ebendas. gr. 8. pr. cplt. 5 Thlr. 18 Sgr.

—— für Gesetzgebung und Rechtspflege des Kgr. Bayern. 5. Bd. 3. Hft. Erl. Palm & Enke. Lex.-8. ⅔ Thlr.

—— f. schweizer. Recht. Hrsg. v. Ott, Schnell u. Wyß. 7. Bd. Basel. Bahnmaier. gr. 8. 2 Thlr. 12 Sgr.

—— f. Rechtspflege u. Verwaltung zunächst f. d. Kgr. Sachsen. Hrsg. v. Th. Tauchnitz. N. F. 17. Bd. 4. u. 5. Hft. Leipz. Tauchnitz. gr. 8. à ½ Thlr.

10) Gesetze, Gesetzsammlungen, populäre Literatur, Justizpolitik, encyklopädisch-lexikalische Werke u. Anderes.

Astl, H., Alphabet. Sammlung aller polit. Gesetze des Kaiserth. Oesterreich. 9. u. 10. Lfg. Wien. Manz & Co. 1858. à 28 Sgr.

Dollmann, C. F., Die Gesetzgebung d. Kgr. Bayern seit Maxim. II. mit Erläuterungen. 3. Thl. 1. Bd. 2. Hft. Erl. Palm & Enke. 1858. 8. 8 Sgr. 3. Thl. 2. Bd. 2. Hft. Ebendas. gr. 8. 12 Sgr. 2. Thl. 2. Bd. 2. Hft. 1 Thlr. 6 Sgr. 1. Thl. 2. Bd. 1. Hft. Ebendas. gr. 8. 8 Sgr.

Entwurf einer Civilprozeßordnung f. d. Kaiserth. Oesterreich. Wien. 1858. Aus der k. k. Hof- u. Staatsdruckerei.

Freese, Recht u. Rechtspfl. in Preußen, betrachtet an einem Beispiele. Berl. Geelhaar. gr. 8. ⅙ Thlr.

Gesetz das Jagdrecht auf fremdem Grund u. Boden betr. (für Sachsen) v. 25. Nov. 1858 nebst Ausführungsverordnung v. 27. Nov. 1858 rc. Dresd. Meinhold & Söhne. gr. 8. 4 Sgr.

—— das Verfahren bei Theilungen u. bei gerichtl. Verkäufen v. Immobilien im Bezirk des Appell.-Gerichts zu Cöln betr. rc. 2. Aufl. Düsseldorf. Engels & Lentsch. 1858. 24. 12 Sgr.

Gesetzsamml. f. d. Mecklenb.-Strelitzischen Lande, redig. v. Scharenberg u. Genzken. 4. 5. Lfg. Neu-Strelitz. Barnewitz. gr. 8. à 17½ Sgr. Velinp. à 1⅙ Thlr.

Gesetz- u. Verordnungsblatt f. d. Kgr. Sachsen. 1859. 1. Stck. Dresd. Meinhold. gr. 4. pr. cplt. 1 Thlr.

Hahn, C., (Preuß.) Gesetz, den Diebstahl an Holz u. anderen Waldprodukt. betr. v. 2. Jul. 1852. Breslau. Kern. gr. 8. ⅓ Thlr.

Hermanzug, N., Beiträge z. Hypothekarreform, Lehre v. d. Gewähr des liegenden Eigenth. u. d. besten Mitteln, den persönl. u. sächl. Credit d. Liegenschaften-Besitzer zu heben. Freib. i. Br. Wagner. 1858. 8. 1 Thlr. 15 Sgr.
Justus, Dr., Das Schuldgefängniß u. s. Folgen nebst einer kurzen Frage üb. allg. Wechselberechtigung. Berl. Friedländer. 8. ⅙ Thlr.
Michel, A. T., Die neuen Münzgesetze d. Kaiserth. Oesterreich. Wien. Braumüller. gr. 8. 16 Sgr.
—— C. S., Nachtrag zu der im J. 1854 erschienenen amtl. Ausg. d. Gesetzes betr. d. Ansatz u. d. Erhebg. d. Gerichtskosten, enth. die von da ab bis heute ergangenen u. erläuternden Gesetze etc. Berlin. Grieben. Fol. ⅓ Thlr.
Möser's, J., sämmtl. Werke. Hrsg. v. Abeken. 2. Ausg. 8.—10. Thl. Berl. Nicolai. gr. 12. à ½ Thlr.
Neue Gesetze, Verordnungen etc. f. das Kgr. Bayern. 6. Bdchn 3. u. 4. Lfg. München. Franz. 8. à ⅓ Thlr. Schreibpap. à 24 Sgr.
Neue Justizgesetze u. Verordnungen f. d. Kgr. Bayern. 1. Bdchn. 3. Lfg. München. Franz. 8. 12 Sgr.
Neumann, die Mieths- u. Dienstverhältnisse d. ländl. Wirthschaftsbeamten. 2. Aufl. Berl. Grieben. gr. 8. ¼ Thlr.
Nöllner, F., Criminal-psychologische Denkwürdigk. f. Gebildete aller Stände. Stuttg. Cotta. 1858. gr. 8. 1 Thlr. 6 Sgr.
Rechtslexikon etc. redig. von J. Weiske. 13. Bd. 2. Lfg. Leipz. 1858. O. Wigand. gr. 8. ⅔ Thlr. Velinp. ⅚ Thlr.
Rizy, Th. Ueber Zinstaxen und Wuchergesetze. Wien. Braumüller. gr. 8. 1 Thlr. 20 Sgr.
Rumpf, C., Der preuß. Steuerbeamte in Bezug auf seine Dienst- u. Rechtsverhältnisse. 2. Thl. 3. Aufl. Leipz. u. Magdeb. Bänsch. gr. 8. 2⅓ Thlr.
Sammlung der seit dem Regierungsantritte Sr. Maj. Kais. Franz Joseph bis zum Schlusse 1855 erlassenen Gesetze u. Verordnungen im Justizfach des Kaiserth. Oesterreich. 14. Bd. Wien. Manz. 8. baar 24 Sgr.
—— der in den hohenzollernschen Landen geltenden Gesetze u. Verordnungen üb. d. Polizeiverwaltung u. d Bestrafg. der Polizeivergehen. Sigmaringen. Liehner. gr. 8. 1½ Thlr.
—— der Gesetze etc. f. d. Kgr. Hannover. Jahr 1859. Nr. 1. Hannov. Helwing. gr. 4. pr. cplt. 2 Thlr.
Sänger, C. v., Welchen Einfluß hat d. Aufhebung der Wuchergesetze auf d. Landwirthschaft? Bromberg. Levit. gr. 8. 6 Sgr.
Schliemann, A., Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines allg. dtschn. Handelsgesetzb. Schwerin. Oertzen u. Schlöpke. 1858. gr. 8. ½ Thlr.
Staas, W., Handbuch in Gewerbe- u. Rechtsangelegenheiten für Kaufleute, Fabrikanten etc. Landsb. a. d. W. Volger & Klein. gr. 8. 1 Thlr.
Steinmann, F., Volks-Pitaval. Gallerie denkwürd. Verbrechen etc. Berlin. Falckenberg. gr. 8. 1½ Thlr.
Strafgesetzbuch f. die Preuß. Staaten. Nebst den z. seiner Abänderung u. Ergänzung erlassenen Gesetzen. 2. Aufl. Berlin. Martens. 8. ⅙ Thlr.
v. Völderndorff-Waradein, E., Gesetz-Vorschlag in 30 Art. z. Einführung der Mündlichkeit ohne Oeffentlichk. im Civilprozeß in Bayern diesseits des Rheins. Nördl. Beck. gr. 8. 6 Sgr.
Wild, J. A., Was ist Zinswucher? Histor.-krit. beleuchtet u. vom Standp. unsrer Zeit aus beantwortet. München. Giel. gr. 8. 6 Sgr.
Wimmer, J., Normalien-Sammlung f. (österr.) Militärgerichte. 2 Bde. m. Supplementheft. Gratz. 1857. (Wien. Lechner.) gr. 8. 9 Thlr. 18 Sgr.
Zur Reform der österr. Civilrechtspflege. Aphorist. Bemerkgn. aus d. Praxis. Wien. F. Manz. 1858. ¼ Thlr.

11) Ausländisches Recht.

Bibliografia degli Statuti della Provincia di Treviso, dell' avv. dott. Franc. Ferro. Treviso. 4.

Carramolino, I. Mt., Elementos de derecho canónico etc. s. sub 7.

Caterini, C., Indice generale alfabetico della collezione delle leggi e dei decreti pel regno delle due Sicilie dal 1837 al 1856 in continuazione a quello del Sign. Vacca. Napoli 1858. 8. 2 Thlr. 12 Sgr.

Chalmers, G., Opinions of Eminent Lawyers on Various Points of English Jurisprudence. London. 1858. 8. 10 Thlr.

Code de la noblesse française ou Précis de la législation sur les titres, la manière d'acquérir et de perdre la noblesse, les armoiries, les livrées, la particule etc. avec des notes; par un ancien magistrat. Paris 1858. 18.

Codigo de commercio, comendato por una sociedad de abogados. Barcelona. 1857. 4. 3 Thlr.

Compte rendu des travaux du congrès de la propriété littéraire et artistique, suivi d'un grand nombre de documents et d'un appendice contenant les lois de tous les pays sur les droits d'auteur avec notices historiques; par M. Édouard Romberg. Bruxelles. Tom. I. In 8. 2 Thlr.

Congrès de la propriété littéraire et artistique. Compte rendu des travaux du congrès de Bruxelles. In 8. 36 p. Paris.

Crespo, M. R., Observaciones importantes sobre el ejercício de la abogacía, su origen, prerogativas y honores. Sevilla 1857. Alvarez y Cp. 8. 1 Thlr. 10 Sgr.

Curia filipica mejicana. Obra completa de practica forense. En la que se trata de los precedimientos de todos los juicios, ya ordinarios, ya extraordinarios y summarios, y de todos los tribunales existentes en la Républica, tanto communes como privativos y privilegiados contiludo adanas un tradato integro de la jurisprudencia mercantile. Paris 1858. 8.

Delacouture, Le droit canon et le droit naturel dans l'affaire Mortara. Roy.-8. Paris. 1 Fr.

Diccionario jurídico administrativo, ó compilacion general de leyes, decretos y reales órderes dictadas en todos los ramos de la administracion pública, hecha por una sociedad de abogados y escritores, bajo la direccion de Carlos Massa Sanguineti. Entregas 1a. y 2a. Madrid 1858. Fol. à Lfg. 16 Sgr.

Foucher, M. V., Le congrès de la propriété littéraire et artistique tenu à Bruxelles en 1858. In 18 jésus. Paris. 1 Fr.

Foucarde-Prunet, Gast. C., Du Pacte de constitut, en droit romain; des mines, en droit français. Paris, 1858. 8.

Fry, Ed., A Treatise on the Specific Performance of Contracts including those of Public Companies. London. 1858. 8. 6 Thlr. 12 Sgr.

Galdo, G., Elementi di psicologia ed ideologia di diritto penale. Vol. II. Ideologia. Salerno. 1857. 8. 2 Thlr. 20 Sgr.

de Gaspari, M., La competenza dei giudici di mandamento negli Stati di S. M. il Re di Sardegna. Vol. I. Disp. 5a. Genova. 1857. 15 Sgr.

Gesetzbuch Daniels I., Fürsten u. Gebieters v. Montenegro u. der Berda. Wien. F. Manz. Lex.-8. $1/3$ Thlr.

Gomez de la Serna, P., Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la ley de enjuiciamento civil. Madrid. 1857. 4. 1 Thlr. 15 Sgr.

Kaiser, S., Die Wissenschaft d. dtschn. Rechts. I. A. u. d. T.: Schweizerisch. Staatsrecht in 3 Büchern. 2. Buch. Das Staatsrecht. St. Gallen. Scheitlin u. Zollikofer. gr. 8. 1 Thlr. 27 Sgr.

Keijzer, S., Het Mohamedaansche Strafregt, naar Arabische, Javaansche en Maleische bronnen. 2e gedeelde. 's Gravenhage. 1857. 1 Thlr.

Kochanowski, A. D., Die Grundzüge des moldauischen Civilproz. in Vergleichung mit d. franz. Code de procédure civ. u. den österr. Gerichts- u. Civilprozeßordnungen. Jena. Döbereiner. 1858. gr. 8. 8 Sgr.

Lesenne, N. M., De la propriété avec ses démembrements (usufruit, usage, habitation et servitudes) suivant le droit naturel, le droit romain et le droit français. Paris. 1858. 8. 2 Thlr.

Le Guay, Alb., Droits de timbre et de transmission sur les valeurs mobilières. Examen critique et application de la loi de 23. juin 1857. Paris. 1858. 18. 1 Thlr.

Love og Anordninger, samt andre offentlige Kundgjørelser Danmarks Lovgivning vedkommende for Aaret 1857. Samlede og udgivne af T. Algreen-Ussing. 5te Deels 1ste Bind. Kong Frederik den Syvendes 10e. Regjeringsaar. Kiøbenhavn. 1858. 8. 2 Thlr.

Merkelii, J., commentatio qua juris Siculi sine assisarum regum regni Siciliae fragmenta ex codicibus manuscriptis proponuntur. Halae. Anton. 4. 1/3 Thlr.

de Marfá y de Quintana, Juan Sahagun, Curso de ampliacion del derecho civil español. Barcelona. 1857. 4. 4 Thlr. 15 Sgr.

Parodi, Ces., Lecioni di diritto commerciale. Vol. IIII. Genova 1857. 8. 1 Thlr. 20 Sgr.

Rey, J. J., Formulaire du Code de procédure civile Sarde contenant tous les actes de la proeédure civile suivant l'ordre adopté par le législateur avec observations et notes explicatives et renvois aux articles correspondants du Code du Réglement et du Tarif. Chambéry. 1856—1857. 8. 8 Thlr.

Répertoire bibliographique des ouvrages de Législation de Droit et Jurisprudence en manière civile, administrative, commerciale et criminelle publiés spécialement en France depuis 1789 jusqu'à nos jours. (Nouvelle Édition.) Paris. 8.

Ribeiro, José Silvestre, Resoluções do conselho de estado na secção do contencioso administrativo colligadas e explicadas. Tomo I—VIII. Lisboa. 1854—1858. 10 Thlr. 20 Sgr.

Rotti, C., Trattato delle giurisdizioni e del procedimento penale secondo le leggi del regno delle due Sicilie. Vol. I. Napoli. 1858. 8. 3 Thlr.

Rougier, J. C. P., Résumé général de la jurisprudence de la cour impériale de Lyon, depuis le commencement du siéle jusqu'en 1857 inclusivement, avec indication des auteurs et renvois aux divers recueils périodiques et aux répertoires de jurisprudence générale. 1. livraison (A—Juge). Paris. 1858. 8. à Lfg. 1 Thlr. 20 Sgr.

Statuti Italiani, Saggio bibliografico di Francesco Berlan con Giunte di Nicolo Barozzi e di altri Letterati Italiani premessovi un discorso inedito sugli Statuti municipali, letto nel IX Congresso degli Scienziati Italiani da Leone Fortis. Venezia. 8. 22 Sgr.

Streuli, C. H., Alphabet. Sachregister üb. sämmtl. in d. neuesten offiziell. Gesetzsammlg. u. in den Amtsblättern d. Kant. Zürich v. 1831—1858 enthaltenen Gesetze. Zürich. Schultheß. 1858. 8. 12 Sgr.

Taylor, J. P., A Treatise on the Law of Evidence as administered in England and Ireland; with Illustrations from the American and other Foreign Laws. 3d. edit. 2 vls. London. 1858. 25 Thlr. 6 Sgr.

Recensionenverzeichniß.

(November 1858 bis Februar 1859.)

Aktenstücke des (Preuß.) Oberkirchenraths. Göttinger gel. Anz. 13—16.
Alberti, Christl. Reform des Strafverfahrens. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
Allgemeine Gerichtsztg. f. Sachsen. D. Gerichtssaal 6.
Archiv d. kathol. Kirchenrechts. Schles. Kirchenbl. 2.
Banger, Instructio practica de sponsalibus. Kath. liter. Ztg. 50.
Barth, Verfassungsfrage d. evang. Kirche in Oesterreich. Reuter. Repertor. I.
Bekker, dtschs. Strafrecht. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
—— u. Muther, Jahrbuch. Petzholdt, Neuer Anzeiger. 11.
Beschorner, Ueb. Billigkeit. Goltdammer, Archiv 5. Oesterr. Vierteljahrsschrift. II. 1. Heidelb. Jahrb. 43.
Betrachtungen auf d. Gebiet d. Strafprozeßlehre. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
Bischoff, Oesterr. Stadtrechte. Anzeiger f. d. Kunde dtschr. Vorzeit. I.
Blätter für Rechtspflege in Thüringen u. Anhalt. Der Gerichtssaal. 6.
Bluntschli, Allgem. Staatsrecht. Schletter. Jahrb. V. 1.
Böhlau, Constitutiones noue. Der Gerichtssaal. 5. Heidelb. Jahrb. 41. 42. Literar. Centralbl. 51.
Brassert, Bergordnungen. Siegen'sches Intelligenzbl. 83. Der Berggeist 43. Westphäl. Ztg. 254. Köln. Ztg. 301. Preuß. Correspond. 254. Allg. polit. Nachrichten 131. Preuß. Staatsanzeiger 256. Rhein- u. Ruhr-Ztg. 261. Die Zeit 521. Kathol. Literat.-Ztg. 52. Zeitschr. für Berg- rc. Wesen d. Preuß. Staats VI. 4. Gentsche Mercurius 567. Allgem. Berg- u. Hüttenm. Ztg. 2. Oesterr. Vierteljahrsschr. II. 1. Bremer Ztg. 265. Bergwerksfreund XXI. 41. Breslauer Ztg. 327. Amtsbl. der Kgl. Regierung z. Cöln. 51. Breslauer Zeitg. 551.
Braun, dtsche. Schwurgerichtsgesetze. Schletter. Jahrb. III. 2.
Bröcker, Untersuchungen üb. altröm. Geschichte. Hamb. Nachrichten 225.
Cäsar, Handlexikon des Preuß. Civilrechts. Archiv f. prakt. Rechtsw. VI. 3.
Carl, Bayer. Gesetz v. 1. Jul. 1856. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
Christiansen, Rechtl. Würdigung der Einzelhaft. Hamb. Corresp. 275.
Corpus iuris confoederationis Germanicae v. Meyer. Heidelb. Jahrb. 27.
Costa, Bibliographie d. dtschn. Rechtsgesch. Anzeiger f. d. Kunde dtschr. Vorzeit 10. Kobers krit. Bl. 21.
Cramer, Darstellung der Rechts- u. Verwaltungsgesch. d. Steinkohlen-Bergbaues im Saalkreise. Kalender f. d. Berg- u. Hüttenm. 1859.
v. Daniels, Spiegel dtschr. Leute. Liter. Centralbl. 52.
Dankwardt, Nationalökonomie u. Jurisprudenz. Goldschmidts Ztschr. II. 1. Der Gerichtssaal 6.
Danz, Der sakrale Schutz. Gött. gel. Anz. 21—24.
Der neue Pitaval. Hrsg. v. Häring. Hamb. Nachricht. 236. Gerichtss. 5.
Deutsches Staatswörterbuch. Hamb. Nachrichten 228. Aachener Ztg. 267. Liter. Centralbl. 51.
Dictionnaire de législation etc. en matière des mines etc. Kalender f. d. Berg- u. Hüttenmann. 1859.
Dirksen, Quellen v. d. römischrechtl. Theorie v. d. Auslösung rc. Gersdorf, Repertor. 23.
Dollmann, Die Gesetzgebung d. Kgr. Bayern. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
Dworzak, System d. Röm Privatrechts. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
Eberty, Gefängnißwesen. Schletter. Jahrb. IIII. 3. Krit. Monatshefte I. 6.
Endemann, Entwurf eines dtschn. Handelsgesetzb. Köln. Ztg. 156.
Entwurf einer Civilprozeßordn. f. Oesterreich. Oesterr. Vierteljahrsschr. II. 1.

v. Kräwel, Vorschläge wie der Ueberfüllung d. Zuchthäuser abzuhelfen wäre. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
Kreßner, System. Abriß des Bergrechts. Kathol. Literat.-Ztg. 52. Berg- u. Hüttenm. Ztg. 50.
Kuntze, ius respondendi. Goldschmidts Ztschr. II. 1.
Ladenburg, Die Anweisung und der gezogene Wechsel. Lit. Centralbl. 47. Goldschmidts Ztschr. 3. 4.
Lange, Kritik der Grundbegriffe vom geistig. Eigenth. Gersdorf Repertor. 1.
Langenbeck, Beweisführung. Liter. Centralbl. 7.
v. Langenn, Melchior v. Ossa. Liter. Centralbl. 44.
Lewald, Die Geschwornen-Gerichte. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
Lette, Vertheilung des Grundeigenthums. Liter. Centralbl. 6.
Loberschiner, Anleit. zum Verfahren in Eheangelegenh. Kath. Liter. Ztg. 5.
Makower, Stellung der Vertheidigung im Preuß. Strafverfahren. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
Martin, Lehrb. des Criminalproz. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
—— Vorlesungen über Prozeß. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
Marx, De denunciatione iuris canonici. Kath. Literat.-Ztg. 50.
v. Maurer, Geschichte der Markenverfassung. Köln. Ztg. 156.
Michel, Gefängnißwesen. Goltdammer, Archiv. 6.
Michelsen, Joh. Friedrichs Stadtordnung für Jena. (Jenaer) Blätter für Rechtspflege. 10. Weimar. Ztg. 188.
Mittermaier, Gefängnißverbesserg. Oesterr. Ztschr. f. innere Verwaltung. 41. Aachener Ztg. 257. Württemb. Archiv f. Recht. II. 2. Archiv f. prakt. Rechtswissensch. VI. 1.
v. Mohl, Geschichte u. Literatur der Staatswissensch. Dtsche. allg. Ztg. 263. Kathol. Lit. Ztg. 47. Hamburg. Nachrichten 297. Petzholdt, Anzeig. 11. Der Gerichtssaal 6.
Mommsen, F., Erörterungen aus d. Obligationenrecht. Magaz. f. Hannov. Recht. VIII. 3.
——, Th., Rechtsfrage zw. Cäsar u. d. Senat. Liter. Centralbl. 47.
Müller, Institutionen. Oesterr. Vierteljahrsschr. II. 1. Hamb. Corresp. 263.
Muther, Zur Lehre von der Röm. Actio. Gött. gel. Anz. 184. Schletter. Jahrb. V. 1.
—— Der Reformationsjurist D. Hieronymus Schürpf. Zimmermann's theolog. Literaturbl. 5.
Neues Archiv f. Handelsrecht. Schletter. Jahrb. V. 1.
Nöllner, Criminal-psychologische Denkwürdigkeiten. Menzel. Literaturbl. 90.
v. Oesfeld, Preußen in staatsrechtlicher ɩc. Beziehung. Hamb. liter u. krit. Bl. 2.
Oppenhoff, Strafgesetzb. f. d. Preuß. Staaten. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
Ortloff, Strafverfahren. Die Strafrechtspflege in Dtschland. 6. Oesterreich. Vierteljahrsschr. II. 1. Liter. Centralbl. 50.
Osenbrüggen, Abhandlgn. aus dem dtschn. Strafrecht. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
—— Dtsche. Rechtsalterthümer aus d. Schweiz. (München.) Krit. Ueberschau VI. 2. Gersdorf. Repertor. 23.
Osterloh, Handb. d. gem. Civilproz. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
—— Summarische bürgerl. Prozesse. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
Pachmann, Vorschule des Röm. Rechts. Liter. Centralbl. 48.
Pagenstecher, Röm. Lehre vom Eigenthum. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
Pfeiffer, gem. Strafrecht. Gersdorf. Repertor. 23. Liter. Centralbl. 5.
v. Pfeiffer, Gesch. der Verfassung d. Württemb. Hauses. Ztschr. f. dtsche. Kulturgesch. 10.

Staudinger, Lebensversicherungsvertrag. Liter. Centralbl. 44.
Steinmann, Güterrecht d. Ehegatten. Schletter. Jahrb. V. 1.
Stintzing, Ulrich Zasius. Gött. gel. Anz. 206—208.
Straß, Allg. dtsche. Wechselordn. Gersdorf. Repertor. 19. Lit. Centralbl. 47.
Strey, Die Verordn. v. 3. Jan. 1849 u. d. Gesetz v. 3. Mai 1852. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
Teutsch, Zehntrecht d. evangel. Kirche in Siebenbürgen. D. Grenzboten. 45. Ztschr. f. dtsche. Kulturgesch. 2. Zimmerm. theol. Literaturbl. 4. Anz. f. die Kunde dtschr. Vorzeit 1.
Thümmel, Referirgeschäft. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
Tkalac, Staatsrecht von Serbien. Heidelb. Jahrb. 24.
Trumer, Fragmente üb. dtschs. Staatsrecht. Volksbl. f. Stadt u. Land. 97.
Ubbelohde, Ipso iure compensatur. Magaz. f. Hannöv. R. VIII. 3. Liter. Centralbl. 2. Der Gerichtssaal 6.
Uecke, Organisation d. Gerichte. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
Unterholzner, Verjährungslehre. Hrsg. v. Schirmer. Gersdorf. Repert. 19. Kath. Literaturztg. 2.
Vaclík. La souveraineté du Montenégro. Heidelb. Jahrb. 45.
Voigt, ius ciuile. Gersdorf. Repertor. 1.
Wächter, Verlagsrecht. Schletter. Jahrb. V. 1.
Walter, Manifestationseid. Petzholdt. Anzeiger. 1.
—— Deutsche Rechtsgeschichte. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
—— Zu Richters Kirchenrecht. Kath. Literaturztg. 52.
Warée, Répertoire bibliographique. Petzholdt. Neuer Anz. 2.
Wetzell, Civilproz. Liter. Centralbl. 51.
Wieding, Nou. Justin. 99. Liter. Centralbl. 47.
Wigand, Beiträge f. Gesch. u. Rechtsalterthümer. Anz. f. die Kunde dtschr. Vorzeit 11.
Wild, Was ist Zinswucher? Oesterr. Ztg. 260. 290.
Windscheid, die Actio des Röm. Civilrechts. Gött. gel. Anz. 184. Schletter. Jahrb. V. 1.
—— Die Actio. Abwehr gegen Muther. Ebendas.
Wöllner, Die Voruntersuchung. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
Württemb. Archiv f. Recht ꝛc. Magaz. f. Hannöv. Recht VIII. 3.
Zachariä v. Lingenthal, Innere Gesch. des griech.-röm. Rechts. Gersd. Repertor. 19.
Zalinsky, Handb. d. Gesetze u. Verordnungen ꝛc. Kath. Literaturztg. 50.
Zeitschrift f. d. gesammte Handelsrecht v. Goldschmidt. Schletter. Jahrb. V. 1.
—— f. Handelsgesetzgebung v. Kletke. Magaz. f. Hannöv. R. VIII. 3. Abendbl. z. Neuen Münchener Ztg. 230. Hamb. Corresp. 263.
Zimmerle, Dtschs. Stammgutssystem. Schletter. Jahrb. V. 1.
Zöpfl, Dtsche. Rechtsgeschichte. Schletter. Jahrb. IIII. 3.
Zur Reform d. österr. Civilrechtspflege. Oesterr. Vierteljahrsschr II. 1. Kath. Literaturztg. 6.

Druck von C. P. Melzer in Leipzig.

XIII.

Ueber Gütereinheit und Gütergemeinschaft

von Prof. **Roth** in Kiel.

Noch vor kaum fünfzig Jahren nahm die deutsche Jurisprudenz für das eheliche Güterrecht zwei Systeme an, die Gütergemeinschaft und Gütertrennung, wobei man unter den ersteren Begriff alles subsumirte, was sich von eigenthümlichen deutschrechtlichen Instituten im ehelichen Güterrecht erhalten hatte, während man unter letzterer Bezeichnung das römische eheliche Güterrecht [Dotalrecht] als Gegensatz aufstellte. Die Gütergemeinschaft theilte man in die allgemeine und besondere, und die erstere wieder in regelmäßige und unregelmäßige. Daß die seit Anfang dieses Jahrhunderts eifriger betriebenen rechtshistorischen Untersuchungen im Sachsenspiegel ein System ergaben, das sich mit den Grundlagen der Gütergemeinschaft nicht vereinigen ließ, war ohne Einfluß auf die Darstellung des geltenden Rechtes, da man von der Voraussetzung ausgieng, es sei durch Modificationen namentlich in den Städten zur Zeit der Reception des römischen Rechts das frühere System schon ganz beseitigt gewesen. Repräsentanten dieser Meinung sind noch Eichhorn und Maurenbrecher in den neusten Auflagen ihrer Lehrbücher, in welchen sie das Hamburgische und Lübische Recht unter die allgemeine Gütergemeinschaft stellen. Zuerst wies Cropp in einem Aufsatz über das Hamburger eheliche Güterrecht [Heise und Cropp Juristische Abhandlungen II. 427.] überzeugend nach, daß eine Reihe

von Statuten, namentlich die auf dem sächsischen Recht beruhenden, sich nicht in das System der Gütergemeinschaft einreihen ließen, und suchte für diese eine neue Begründung in dem Recht des Mittelalters, wobei er für das jetzt geltende Recht neben den übrigen ein neues System aufstellte, das er „äußere Gütergemeinschaft" benannte. Unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern adoptirte zuerst Runde [eheliches Güterrecht 1841.] diese Ansicht, indem er die äußere oder formelle von der inneren oder materiellen Gütergemeinschaft unterschied, worinn ihm Wolff (1843) und Hillebrand [1849.] folgten, während Gerber [1848], Bluntschli [1854], Walter [1855], Beseler [1855] und Gengler [1855] neue Bezeichnungen — Gütereinheit, Güterverbindung, geeintes Ehegut, Mundialsystem — vorschlugen, unter welchen die von Gerber gewählte Gütereinheit mir die passendste scheint. Während so durch die verdienstliche Arbeit Cropp's für die auf sächsischem Recht beruhenden Statuten Grundsätze aufgestellt sind, an deren Richtigkeit jetzt niemand mehr zweifelt, und das System der Gütergemeinschaft in seine Schranken zurückgewiesen ist, wurde in neuerer Zeit der Versuch gemacht, dieser alle Ursprünglichkeit abzusprechen, und die Gütereinheit als das gemeine Recht in der Art hinzustellen, daß auch jetzt noch im Zweifel für dieselbe zu präsumiren sei. Nach Gerber war die Gütereinheit das eigentlich deutsche dem mittelalterlichen Recht entsprechende System, dem das historische Recht zur Seite steht [in Gerber u. Ihering Jahrbücher I. 271. und d. Pr. R. § 226]. Modificationen traten zunächst in den Städten ein, indem die freie Verfügung, welche dem Ehemann über die Immobilien der Frau eingeräumt wurde, zu einer Schuldenhaftung des Frauengutes führte. Dieß durch die Sitte, Eheverträge und Statuten befestigte System soll dann dahin ausgebildet worden sein, daß bei Auflösung der Ehe die Ausscheidung des vorehelichen Vermögens vielfach unterblieb, und an die Stelle derselben eine Theilung nach Quoten trat, wobei aber in Bestimmung des ehelichen Erbrechts mit oder ohne Kinder Principlosigkeit und aus subjectiver Billigkeit hervorgehende Willkür herrschte (System § 226.). Ja Gerber sieht die Gütereinheit so sehr

als die regelmäßige Grundlage an, daß er sich § 227 über die durch die Nothwendigkeit gebotene Darstellung der Gütergemeinschaft, die er § 233 Note 9 eine Abnormität nennt, halbwegs entschuldigt. Diese Ansicht ist nicht neu, sie ist in der Hauptsache schon von Eichhorn Pr. R. § 298—300 aufgestellt. In der ihr gegebenen Ausdehnung ist sie schon nach den bisherigen Untersuchungen unrichtig, weil Cropp[1] für Westfalen, Euler[2] und Schwarz[3] für Franken und einen Theil von Schwaben die Existenz eines von der Gütereinheit völlig verschiedenen Systems des ehelichen Güterrechtes schon für das 12. Jahrhundert nachgewiesen haben. Die nachfolgende Erörterung soll auch für die übrigen Theile Deutschlands mit Ausnahme des ostfälischen Sachsens die Unrichtigkeit der Gerberischen Auffassung darthun.

I.

Bereits vor Eichhorn war es gewöhnlich, den Ursprung der Gütergemeinschaft in den Städten zu suchen[4]. Auch jetzt wird diese Meinung noch von den meisten getheilt, und man erklärt die Umgestaltung zunächst aus der den städtischen Verhältnissen entsprechenden Ausdehnung der Verfügungsgewalt des Ehemannes über das Frauengut, der dadurch herbeigeführten Haftung desselben für die Schulden des Ehemannes, und der durch Eheverträge beförderten Gewohnheit, das gesammte Ehegut bei Auflösung der Ehe nach Quoten zu theilen[5]. Diese Meinung sucht demnach das Motiv der Umgestaltung in der veränderten Stellung der Ehegatten zu einander während und nach Auflösung der Ehe. Auf dasselbe Resultat kommt Cropp, indem er die Ausbildung des westfälischen Güterrechtes aus der Weiterbildung des Anspruchs der Wittwe auf

1) In Heise und Cropp II. 455.

2) Die Güter- und Erbrechte in Frankfurt 1841. Dann deutsche Zeitschr. VII. 80.

3) Die Gütergemeinschaft nach fränkischem Recht 1858.

4) Vgl. die bei Fischer Gesch. der Erbfolge S. 88 f. Angef. und Danz zu Runde § 605.

5) Eichhorn Pr. R. § 298.

einen Theil der Errungenschaft ableitet[6]. Einen Anhaltspunkt zur Beurtheilung bietet zunächst das im fränkischen Recht entwickelte System der gesammten Hand mit Verfangenschaft, welches schon seit dem 12. Jahrhundert in seinen Grundzügen ziemlich klar vorliegt; nach diesem sind aber folgende Abweichungen von dem sächsischen Gütereinheitssystem hervorzuheben:

1. der Ehemann hat auch hier Verwaltung des Frauengutes, aber die freie Verfügung nur über sämmtliche Mobilien; über Immobilien und zwar sowohl seine eignen als die seiner Frau kann er nur in Verbindung mit letzterer verfügen [mit gesammter Hand]; für solche Verfügungen mit gesammter Hand sind die Eheleute nicht an die Einwilligung der nächsten Erben gebunden.

2. Bei Trennung der Ehe fallen die vorhandenen Mobilien dem überlebenden Ehegatten zu, der dafür die Schulden abzutragen hat; an den Immobilien hat er bei beerbter wie unbeerbter Ehe lebenslängliche Leibzucht.

3. Bei beerbter Ehe haben die Kinder ein ausschließliches Erbrecht auf die während der Ehe beiden Ehegatten zuständigen Immobilien; der überlebende Ehegatte kann auch über die von ihm selbst in die Ehe gebrachten oder während derselben erworbenen Immobilien nicht ohne Einwilligung der Kinder verfügen, und überträgt bei Eingehung einer zweiten Ehe auf die in derselben erzeugten Kinder kein Erbrecht daran. Es findet sich aber dieß Verhältniß schon früh in doppelter Art. Nach der einen Classe von Statuten kann der überlebende Ehegatte in der zweiten Ehe über die ersteehelichen Immobilien ohne Einwilligung der ersteehelichen Kinder, denen ein ausschließliches Erbrecht daran zusteht, nur in Fällen echter Noth verfügen [reine Verfangenschaft]; nach der andern kann er mit den ersteehelichen Kindern abtheilen, und verfügt dann frei über seinen Antheil [Theilrecht].

4. Bei unbeerbter Ehe kommen die hinterfälligen Immobilien den nächsten Erben des verstorbenen Ehegatten nach beendigter Leibzucht

6) Heise und Cropp II. 455.

des überlebenden zu; die während der Ehe erworbenen erhält in der Regel der überlebende Ehegatte; nach einzelnen Statuten hat sich aber auch ein ausschließliches Erbrecht des überlebenden Ehegatten am gesammten Vermögen ausgebildet.

Vergleichen wir diese Rechtssätze mit Gerbers Auffassung, so finden wir die letztere in dem fränkischen Recht nicht bestätigt; nicht das Verhältniß der Ehegatten zu einander, sondern das der Kinder zu dem ehelichen Vermögen, bildet die Basis dieses Systems. Als die beiden Hauptmomente treten dabei hervor: daß die Ehegatten während der Ehe nur mit gesammter Hand über Immobilien verfügen können, dabei aber bei beerbter Ehe an die Einwilligung der Kinder nicht gebunden sind, und daß Kinder aus verschiedenen Ehen nicht ein gleiches Erbrecht an dem Vermögen ihres gemeinsamen parens haben, daß sich dieses Erbrecht vielmehr darnach richtet, was der gemeinsame parens in jeder Ehe eigenthümlich besessen hat. Dieses leitende Princip findet sich aber, wie nun nachgewiesen werden soll, nicht bloß im fränkischen Recht, sondern in den meisten Rechtsgebieten mit Ausnahme des ostfälischen Sachsens.

II.

Man glaubte bisher, daß von den Rechtsbüchern nur das Keyserrecht II. c. 97 und 102 die Verfangenschaft erwähne [7]. Zwar hatte schon Hasse [8] darauf hingewiesen, daß das eheliche Güterrecht des Swsp. nicht ganz mit dem des Ssp. übereinstimme, allein im ganzen nahm man für den ersteren doch dasselbe System an, wie für den letzteren, und reducirte die Abweichungen auf ein ausgedehnteres Verfügungsrecht des Ehemanns über das Vermögen der Ehefrau, und ein Erbrecht bei beerbter Ehe [9]. Gleichwohl tritt im Swsp. das oben nach dem fränkischen Recht entwickelte System schon sehr bestimmt hervor:

7) Fischer Erbfolge I. 241. Schwarz G. G. § 5. Note 3.

8) Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft IV. 86.

9) Kraut Vormundschaft II. § 93. Euler Güterr. in Frankfurt S. 9. Zöpfl R. G. II. § 91. Walter R. G. § 496.

1. Daß dem Ehemann nach dem Schwabenspiegel die Gewalt im Hause zustehe, leidet keinen Zweifel.

Swsp. Lassb. 9. daz ist davon gesetzet, daz der Mann des wibes voget ist und ir maister.

Er hat nach einer Seite hin sogar ausgedehntere Befugnisse, als ihm das sächsische Recht einräumt. Während er nach diesem über die Mobilien der Frau nur unter Verpflichtung zum Ersatz bei Auflösung der Ehe verfügt[10], ist eine solche Ersatzverbindlichkeit nach Swsp. Lassb. 9. und 146. nicht begründet[11]. Dagegen ist er bezüglich der Veräußerung von Immobilien beschränkter als nach sächsischem Recht, da er zur Verfügung über seine eignen Immobilien der Einwilligung der Ehefrau bedarf. Die Stelle

Swsp. Lassb. 34. Ein wip mac ires gutes nicht gegeben hin ane ir mannes willen noch ein mann ane sins wibes willen wan als daz buch hie vor seit.

wurde bisher allerdings fast durchgängig dahin ausgelegt, daß damit gesagt sein solle, weder Mann noch Frau könnten während der Ehe einseitig über das Frauengut verfügen[12], und nur Walter hat hervorgehoben, daß hier auch der Mann in der Verfügung über sein Vermögen beschränkt sei[13]; allein aus dem neuaufgefundenen Deutschenspiegel erhalten wir die Gewißheit, daß hier nur die Verfügung mit gesammter Hand gemeint sein könne, wie sie oben für das fränkische Recht hergestellt ist. Die Stelle lautet nämlich:

Dsp. c. 34. Ein weib mag ir gutes hin (lies: nicht)

---

10) Eichhorn R. G. § 369. Kraut Vorm. II. 473. a. M. Runde Eher. S. 20. Note b und die dort angef. und Gerber § 231. Note 5.

11) Vergl. Kraut Vorm. II. 484.

12) Eichhorn R. G. § 369 Note h. Kraut Vorm. II. 477. Zöpfl R. G. II. § 91. Note 26, welcher annimmt, die ungenaue Satzbildung habe zu dem Mißverständniß geführt, daß diese Bestimmung auch auf das Vermögen des Mannes zu beziehen sei.

13) R. G. § 496. Note 2. Der Annahme Walters, daß diese Bestimmung auf die Mobilien und Errungenschaft zu beschränken sei, kann ich allerdings nicht beistimmen.

gegeben an ir manes willen och ein mann seines gutes an sein weib. wan als hie gesprochen ist.

Daß unter dem Ausdruck „Gut“ Immobilien zu verstehen seien, ist um so weniger zu bezweifeln, als nach dem Swsp. wie dem Dsp. der Ehemann zur Verfügung über Mobilien der Einwilligung der Frau nicht bedurfte, Swsp. 9. Dsp. 13. Auch die freie Verfügung über Immobilien während beerbter Ehe ist in Dsp. 14. Swsp. Lassb. 9. bereits angedeutet; im Ssp. fehlt nicht nur diese Stelle, sondern es steht die Bestimmung derselben auch in direktem Widerspruch mit dem sächsischen Recht [14].

2. Bezüglich der Mobilien wurde von manchem im Swsp. eine Gemeinschaft in der Art vorausgesetzt, daß dieselben bei Auflösung der Ehe zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen gleichheitlich getheilt würden [15]. In dieser Ausdehnung scheint mir aber der Satz nicht richtig. Allerdings theilt bei beerbter Ehe die Wittwe die Fahrniß mit den Kindern Swsp. Lassb. 5 a. Dsp. 8. Swsp. Lassb. 146 a. 163; bei unbeerbter Ehe dagegen erhält sie nach der klaren Bestimmung von Swsp. Lassb. 25. 26. ihr eingebrachtes Gut und gewisse Theile der fahrenden Habe [16], und ebenso wird es bei Ehescheidung gehalten Swsp. Lassb. 24 und 146. Ueber die Stellung des Mannes drückt sich der Swsp. nicht mit derselben Bestimmtheit aus. Nach dem Recht des Ssp. behält ganz zweifellos der überlebende Wittwer die Mobilien mit Ausnahme der Gerade; die Stellen, die dieß vorschreiben, sind indessen in den Swsp. nicht übergegangen;

Ssp. I. 31. 1. Stirft aver dat wif bi des mannes live se ne erft nene varende have wenne rade unde egen of se dat hevet in den nesten.

---

14) vgl. Siegel Erbrecht § 33. Zimmerle Stammgutssystem § 24. Göschen Goslar. Statuten S. 262 und 264.

15) So z. B. Mittermair Pr. R. II. § 384. Note 22, Schmitthenner ehel. Güterr. § 4., Bluntschli R. G. von Zürich (2. Aufl.) I. 290.

16) Hasse in der Zeitschr. für gesch. RW. IV. 94. Kraut Vorm. II. 488. N. 17.

lautet in

> Dsp. 34. stirbet aver der man daz weib erbet nicht wan als ich hie vor gesprochen han.

und ist in dieser Fassung in Swsp. Lassb. 34. aufgenommen. Der Dsp. stellt also gerade den umgekehrten Fall auf, wie der Ssp., nämlich das Vorabsterben des Mannes, und man könnte in dieser Veränderung eine gewisse Absichtlichkeit sehen, um so mehr, als die zweite Stelle, welche dem Mann die Mobilien zuspricht, Ssp. III. 76. 2, zwar in den Dsp. 333 übergegangen [17], in der entsprechenden Bestimmung Swsp. Lassb. 147 aber ausgelassen ist. Im Gegentheil ließe sich aus Swsp. Lassb. 324 folgern, daß die fahrende Habe der Mutter von den Kindern geerbt wurde; es ist indessen auf diese Stelle kein großes Gewicht zu legen, weil nicht mit Bestimmtheit erhellt, ob unter „Gut" alles Vermögen oder nur das unbewegliche zu verstehen sei, und weil der ganze Passus aus Lex Alem. 92. [Walter] entnommen ist. Wenn aber auch in solcher Weise nicht ganz klar ist, wie nach dem Swsp. die Fahrniß behandelt wurde, so erhellt doch aus dem obigen mit Bestimmtheit, daß die Bestimmungen des Ssp. keine Anwendung fanden, und es scheint im Swsp. vielmehr der Uebergang zu den beim System der gesammten Hand geltenden Rechtssätzen angebahnt. Daß nach Swsp. Lassb. 10. die Wittwe mit dem Vermögen, das sie während der Ehe hatte, für die Schulden des Mannes haftete, ist von Kraut [18] bereits hergestellt, und es wird die Richtigkeit dieser Auslegung durch den Wortlaut des Dsp. 12. bestätigt.

3. Auch die Vererbung der während der Ehe den Eheleuten zuständigen Immobilien auf die Kinder dieser Ehe und die Ausschließung der Kinder der zweiten Ehe des überlebenden Ehegatten von der Beerbung desselben in den ihm während der ersten Ehe zuste-

17) Bekanntlich ist der Dsp. von c. 110 an nicht mehr selbstständige Bearbeitung des Ssp.

18) Vorm. II, 519; daß nach dem Recht des Ssp. eine solche Haftung nicht begründet war, ist ebenda 518. nachgewiesen.

henden Immobilien findet sich im Swsp. bereits ausgesprochen. Es heißt nämlich

Swsp. Lassb. 161. Unde ist daz ein man wip unde kint hat ez sin sune oder tohtera sin wip stirbet er nimet ein anderun diu gewinnet ein kint oder me der man gelit an dem tode und schaffet siner kinde ding und sinz weibes und siner sele und git sin erbe daz er bi der erren fouwen hatte sinen erren kinden und git siner wirtinn ir gut wider unde sins gutes alseviel als si ze samene kamen ane gedinge. So theilt er gelich under wip und under kint und ie der sele ir theil. also sol er teilen sin varende gut. — — Ez erbent diu Kint uf einander diu ersten und diu andren und niut wan daz da heizet varende gut. daz ist davon das daz gut von ir beider vater gute dar ist komen.

Es ist im Eingang zwar der Fall der letztwilligen Verfügung des Vaters vorausgesetzt; dieß bezieht sich indessen nicht auf das Erbe, das er bei der ersten Frau hatte; dieses hat er den ersteheliche Kindern zurückzustellen, wie er der zweiten Frau ihr Gut wiedergiebt. Disponiren kann er vielmehr nur über sein übriges Vermögen, das fahrende Gut, wie der Satz: „also sol er teilen sin varende Gut" ausdrücklich sagt. Bestätigt wird dieß durch den Schlußsatz, wonach Kinder aus verschiedenen Ehen nur in der Fahrniß den gemeinsamen parens zusammen beerben, und deßhalb nur in diesem Vermögenstheil ein gegenseitiges Erbrecht haben, so wie daraus, daß in dem Cod. Wurmbrand die Ueberschrift dieses Capitels lautet: „Von Erbtail der chind dew twayerlay sind"[19]. Könnte noch irgend ein Zweifel obwalten, so würde er durch die andere Stelle gelöst, welche folgendermaßen lautet:

Swsp. Lassb. 287. Swer wip zer é nimet unde bi der ze unrehte sitzet unde unwissende diu Kint diu er bi ir gewinnet diu sint doch é Kint und daz si ie mitten

19) Bei Berger S. 100.

treit so si gescheiden werdent daz ist ouch ir é Kint und erbet ouch ir vater und ir muter gut mit rehte. und nimet der vater ein ander wip und gewinnet er Kint bi ir und hat er erbe gut zu ir braht daz er hette daz erbent diu erren Kint wann ez é Kint sint. daz selbe reht hant ouch diu Kint an der muter gute und an ir erbe.

Hier ist der Grundsatz, daß die ersteheliehen Kinder gegenüber den zweiteheliehen ein ausschließliches Recht auf das Erbe haben, das der gemeinsame parens in der ersten Ehe besaß, ganz bestimmt ausgesprochen, und auf die Kinder aus einer Putativehe angewendet, die den ehelichen ganz gleich gestellt werden. Die gleiche Bestimmung findet sich in Ruprecht von Freysing c. 189. und Kl. Keyserrecht II. 53 und 97. Daß dieser Grundsatz dem sächsischen Recht nicht entsprach[20], kann um so weniger bezweifelt werden, als man sich im Mittelalter der Abweichung desselben von den übrigen deutschen Rechten wohl bewußt war.

Rechtsbuch nach Distinct. (Ortloff) I. 24. 4. Daz ist Keyserrechten unde czweyget sich mit lantrechte unde wichbilde, wen in unseme rechte erbet der vater alle sin gud uf alle sine Kindere uff dy ersten unde uff dy mittelsten unde uff dy leczten dy yme rechten ome ebenbortigk sinth.

Mit Bestimmtheit läßt sich aber daraus entnehmen, daß dieser Rechtssatz, der fast in allen Statuten der nichtsächsischen Territorien angedeutet ist, in diesen schon zur Zeit der Abfassung des Schwabenspiegels gemeinrechtliche Gültigkeit hatte[21].

4. Am wenigsten bestimmt sind die Spuren des Erbrechts des überlebenden Ehegatten bei unbeerbter Ehe. Nicht nur tritt ein solches im Swsp. nicht hervor, sondern es wurde auch später noch

---

20) Sydow Erbrecht S. 74.

21) Vgl. Siegel Erbrecht § 16, der dieß meines Wissens zuerst hervorgehoben hat.

als Schwabenrecht angesehen, daß wenigstens die Immobilien bei unbeerbter Ehe den nächsten Erben zufielen:

Stadtr. von Winterthur 1297. c. 19. Gaupp Stadr. I. 145. ist daz en man und ain vrowa elich zu enandern koment, swaz ir ietweders aigens ze dem andern bringz, belibent sü ane lip erben machent sü daz aigen nit en andern nach swaben recht, das wirt ledig iro ietweders erben nach iro tode, machent aber sü es einen andern nach swaben reht, so het ir ietweders daz aigen daz ime gemacht ist ze lipdinge unz an seinen tod, und vallet denne wieder an di rehten erben.

Spruch des Landrichters in Nürnberg 1434. Senkenberg Visiones 202. Wann dez Reiches Recht und Schwebische Recht weren, wenn ein Fraw abgieng an leiplich Erben, dass dann ir verlassene Hab' furbas auf ihr nechsten Erben gefallen sollt' [22]. —

Das Angeführte ergiebt für das eheliche Güterrecht des Schwabenspiegels ganz andere Grundlagen als die des Sachsenspiegels. Nach sächsischem Recht ist die Ehe ohne Einfluß auf das Verfügungsrecht eines Mannes über seine Immobilien; eine Veräußerung ist unter allen Umständen von Einwilligung der Erben, nie aber der Frau abhängig, das Erbrecht wird auf jeden Descendenten ohne Unterscheidung verschiedener Ehen übertragen. Nach dem Schwabenspiegel dagegen werden mit Eingehung der Ehe die beiden Ehegatten zustehenden oder während der Ehe von ihnen erworbenen Immobilien in sofern eine Einheit, als die Ehegatten während der Ehe nur vereinigt darüber verfügen können, und mit Auflösung der beerbten Ehe der überlebende Ehegatte das Erbrecht an den Immobilien, die ihm in der ersten Ehe zustanden, nicht weiter übertragen kann, so lange Erben aus der ersten Ehe leben. Damit ist eine sichere Basis für den Entwicklungsgang des ehelichen Güterrechts in den nicht-

22) vgl. Schwarz GG. 59. Es ist dieß das Vorbringen einer Parthe i.

sächsischen Territorien gefunden; wo manche bisher nur Principlosigkeit und subjective Willkür sahen, werden wir in den Statuten überall den leitenden Grundsätzen wieder begegnen; es wird sich ergeben, daß die Gütergemeinschaft gar nicht aus der Gütereinheit hervorgehen konnte, da ihr überall das System der gesammten Hand mit Verfangenschaft zu Grund lag.

III.

Das hier gewonnene Resultat soll nun durch eine Zusammenstellung der Statuten der außersächsischen Territorien im einzelnen nachgewiesen werden. Diese kann nicht auf Vollständigkeit Anspruch machen; von manchen Gegenden sind die Nachrichten zu zerstreut, als daß ich sie bei Gelegenheit dieses Aufsatzes hätte sammeln können; einige Quellen waren mir nicht zugänglich. Doch dient das hier gegebene, zu dem ich mir Nachträge zu bringen vorbehalte, zum Nachweis, daß die im Swsp. ausgesprochenen Grundsätze in Franken wie in Schwaben, in Oesterreich und Baiern wie in Lothringen und am Niederrhein befolgt wurden. Die Zusammenstellung muß nach den einzelnen Volksstämmen geschehen, weil nach diesen ursprünglich das Privatrecht sich unterschied, und auch später noch innerhalb jedes einzelnen eine gewisse Gleichheit der Rechtsbildung sich verfolgen läßt. Eine Entscheidung wird man aber nur in den Statuten vor dem 16. Jahrhundert finden, weil seit dieser Zeit durch die Gesetzgebung vielfältige Umgestaltungen herbeigeführt wurden [23], welche das frühere Recht ganz verwischten [24]. Der leichteren Uebersicht

23) Im Archiv für Geschichte des Niederrheins 1832 I. 69. f. schildert Lacomblet das Zustandekommen der Jülich-Bergischen Rechtsordnung von 1553 und schließt mit der richtigen Bemerkung: „eine so unlautere Quelle für die Geschichte der altheimischen Rechtsverfassung sind die Rechtsordnungen, die das 16. Jahrhundert hervorgebracht hat." Die Commission, welche das erste würtembergische Landrecht zu entwerfen hatte, kannte das einheimische Recht fast gar nicht. Wächter Pr. R. I. 227.

24) So war das bis dahin geltende Recht schon in dem ersten würtembergischen Landrecht gar nicht mehr zu erkennen. Wächter I. 197. Daß das Recht der Freiburger Reformation von 1520 von dem ältern daselbst geltenden Recht in gleicher Weise abwich, ist längst bekannt, vgl. z. B. Hoffmann ehel.

wegen will ich die Zusammenstellung in drei Hauptabtheilungen, Verfangenschaft, Verfügungsgewalt des Ehemanns, und Erbrecht, geben.

A. Verfangenschaft. [Theilrecht].

Ueber das Verfangenschaftsrecht herrschen die verschiedensten Ansichten, in der Art, daß selbst da, wo dieses Institut noch praktische Gültigkeit hat, bei Gerichten uud Rechtslehrern über den materiellen Inhalt desselben ein bedenklicher Meinungszwiespalt besteht [25]. Am verbreitetsten ist die Ansicht, dasselbe sei aus dem Recht des nächsten Erben bezüglich der Veräußerung von Erbgütern entstanden [26], und von diesem Standpunkt aus bemerkt Gerber [27] mit Recht, es liege darin eine Vereinigung von zwei verschiedenen Rechtsverhältnißen, nämlich dem Eigenthum der Kinder an dem Vermögen des vorverstorbenen und ihrem Recht der nächsten Erben am Vermögen des überlebenden parens, zu einem Wort und Rechtsbegriff. Allein diese Auffassung ist in keiner Weise erschöpfend.

Das Recht der Kinder an dem Vermögen des überlebenden parens ist nicht beschränkt auf das Recht des nächsten Erben am Erbgut, eine viel wesentlichere Seite des Rechtsverhältnisses ist das Aus-

---

Güterrecht §. 133. Wächter I. 233. Note b., und sollte um so weniger übersehen werden, als die Reformation dieß selbst sagt, [vgl. unten Note 73], und gerade durch das Freiburger Recht die Verfangenschaft in Würtemberg und Baden verbreitet wurde. Man kann daher nicht mit Gerber Pr. R §. 231. Note 1. die Freiburger Reformation als Beweis dafür anführen, daß die Grundlage des Gütereinheitssystems der Mehrzahl der zur Gütergemeinschaft gerechneten Statuten eigenthümlich sei; man könnte aus derselben höchstens folgern, daß Zasius, der ebenso willkührlich verfuhr wie die Verfasser des ersten würtembergischen Landrechts, in die neue Gesetzgebung diese Grundlage hineingetragen habe. Aber auch nicht einmal dieß ist der Fall, da nach dem Recht der Freiburger Reformation bei beerbter und unbeerbter Ehe eine Theilung unter den Ehegatten eintritt. Vgl. unten Note 169.

25) Die beste Zusammenstellung s. bei Maurenbrecher Rheinpreuß. Landrechte I. 229. Note 33. und Pr. R. §. 609.

26) Kraut Vorm. II. 611. Walter R. G. §. 511. Zöpfl. R. G. II. §. 95. Nr. IX.

27) System §. 236. N. 8. Ihm folgt Zimmerle Stammgutssystem §. 33., der das ganze Institut als ein Mißverständniß des Stammgutssystemes erklärt.

schließungsrecht der Kinder gegenüber den nach einem gewissen Zeitpunkt, nämlich Auflösung der Ehe, geborenen Erben des gleichen Grades, den eignen Kindern des überlebenden parens aus seinen späteren Ehen, in der Art, daß der überlebende parens das Erbrecht an dem Vermögen, welches er in die erste Ehe gebracht oder während derselben erworben hat, nicht auch seinen in späteren Ehen erzeugten Kindern mittheilen kann. Gleiche Grundsätze gelten für die zweitehelichen Kinder bezüglich des während dieser Ehe erworbenen Vermögens gegenüber den ersteheligen. Ein solches Ausschließungsrecht ist sonst im deutschen Recht nicht begründet, das Erbrecht richtete sich hier vielmehr nach dem Tode des Erblassers, indem alle, welche in diesem Zeitpunkt die Qualität als nächste Erben hatten, in der Erbschaft concurrirten. Die Normirung des Erbrechts der Kinder verschiedener Ehen nach dem Besitzstand des gemeinsamen parens in den einzelnen Ehen läßt sich nur aus der besonderen Entwicklung des ehelichen Güterrechts erklären, welche in den deutschen Territorien mit Ausnahme des ostfälischen Sachsens hervortritt. Zwar sieht man die Verfangenschaft nur als ein particularrechtliches Institut an, und die von Dewies [28] freilich ohne weitere Begründung aufgestellte Meinung, sie sei mit Ausnahme von Sachsen gemeines Recht gewesen, hat keinen Beifall gefunden [29]; allein im ganzen stellt sich diese Ansicht, wenn man die oben erörterten Sätze des Swsp. mit den unten folgenden Bestimmungen der Statutarrechte vergleicht, doch als die richtige heraus, namentlich wenn man, wie dieß unten geschehen wird, das Theilrecht auf dieselbe Grundlage zurückführt. Den Objekten nach war die Verfangenschaft nicht ganz gleichmäßig ausgebildet; in einigen Statuten findet sie sich auch auf Mobilien ausgedehnt, in den meisten auf Immobilien, aber nicht bloß Erbgut, beschränkt. Die Bezeichnung Verfangenschaft war nicht die allgemein technische, es wurden in den Statuten vielmehr verschiedene Ausdrücke gebraucht [30]. Das Institut findet sich übrigens schon frühzeitig in einer doppelten Form:

28) Lichtstrahlen ꝛc. S. 75.

29) Vgl. Maurerbrecher §. 609. N. 2. Mittermair §. 436 N. 60.

30) Schwarz G. G. 22.

1. in der, welche jetzt allgemein Verfangenschaft [devolutio] genannt wird, und deren characteristisches Merkmal in der unveränderten Fortdauer des Rechtsverhältnisses bis zum Tode des überlebenden Ehegatten besteht.

2. dem Theilrecht [31], das sich dadurch unterscheidet, daß der überlebende Ehegatte durch Abtheilung mit den ersteheliche Kindern die freie Verfügung über den ihn treffenden Antheil erhalten und so die bis dahin bestehende Verfangenschaft beendigen konnte. Eine solche Abtheilung mit der Wirkung der Beseitigung des Widerspruchsrechts der Kinder gegen Veräußerung des Antheils des abtheilenden parens ist schon dem älteren Recht bekannt [32]; hier ist nun das gleiche Princip auf das in der Hand des überlebenden Ehegatten verfangene Vermögen übertragen. Zweifellos ging aber das Theilrecht von derselben Basis aus wie das Verfangenschaftsrecht, nämlich dem ausschließlichen Erbrecht der in einer Ehe erzeugten Kinder auf die den Ehegatten während derselben zustehenden Immobilien, da nach mehreren Statuten der überlebende parens nur sein eignes Vermögen mit den Kindern theilt [33], und nach anderen das Verfangenschafts- und Theilrecht neben einander sich findet [34]. Während sich aber das reine Verfangenschaftsrecht überall ziemlich gleichheitlich entwickelte, indem der überlebende Ehegatte die Mobilien eigenthümlich behielt, wogegen die Immobilien den Kindern verfangen waren, finden wir beim Theilrecht eine größere Mannigfaltigkeit der Statuten, sich beziehend theils auf die Quoten theils

---

31) So wird dasselbe hier nach dem Vorgang von Wächter I. 208 genannt werden.

32) Burg. I. 1. Nach Swsp. Lassb. 186 konnten die Söhne ohne alle Rücksicht auf eheliche Verhältniße Theilung verlangen, sowie sie 25 Jahre alt waren.

33) s. unten 6. b.

34) So z. B. in Augsburg, Eßlingen und Cöln. Es unterscheidet sich dieß von dem gewöhnlichen Theilrecht darinn, daß die Abtheilung nicht regelmäßig eintrat, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen, z. B. auf Verlangen der Kinder, oder wenn die Ueberlassung der Mobilien an den überlebenden Ehegatten zu unbillig erschien.

auf das Objekt der Theilung. Die ersteren variiren von der Hälfte bis zu einem Kindestheil, und nach manchen Statuten erhält die Frau eine andere Quote als der Mann; das letztere ist entweder das Vermögen des überlebenden Ehegatten, wobei das des verstorbenen den Kindern bleibt, oder das vereinigte Vermögen beider Eheleute. Immer aber blieb der überlebende Ehegatte im Genuß des ganzen Vermögens, nach Verfangenschaftsrecht bis zu seinem Tode, nach Theilrecht bis zur Abtheilung. Zum Verständniß des nachfolgenden mußte dies vorausgesendet werden, die weitere Entwicklung nach Reception des römischen Rechts werde ich erst unter IV. untersuchen. Ich werde nun in der nachfolgenden Darstellung nur die weniger bekannten Statuten ausführlich erläutern, bei den übrigen mich auf die schon vorhandenen Darstellungen beziehend.

1. Ostfranken.

Hier tritt die Verfangenschaft in allen größeren Orten schon frühzeitig hervor nämlich:

a) in Frankfurt, wo sie schon im 13. Jahrhunderte als völlig ausgebildet erscheint. Die Kinder werden schon in dieser Zeit als Eigenthümer der „auferstorbenen" Immobilien angesehen, an denen dem überlebenden Ehegatten nur Leibzucht zusteht[35], was durch die Reformation von 1509 dahin abgeändert wurde, daß nur des verstorbenen parens Güter den Kindern auferstorben sein sollten, während der überlebende über seine eignen Immobilien die freie Disposition behielt[36]. Bei der weiten Verbreitung des Frankfurter Rechtes[37] ist damit schon der Nachweis der Anwendung dieses Güterrechts in einem bedeutenden Theil von Ostfranken geliefert. Namentlich gilt dieß auch von Hessen, wo die Verfangenschaft noch in der Mitte des 16. Jahrhunderts in voller

35) Dieß ist von Euler Frankf. Erbr. § 8. Note 8 und Schwarz G. G. § 10 Note 1. und 9. urkundlich nachgewiesen.

36) Euler § 8 Note 9. Dieselbe Bestimmung findet sich Wormser Reformation 1498. V. 5. 1.

37) s. die Zusammenstellung bei Thomas Oberhof. S. 117 f.

Uebung war[38], und sich theilweise bis in das 17. Jahrhundert erhielt[39], und der s. g. Pflege Coburg[40].

b. in Bamberg. In dem im 14. Jahrhundert aufgezeichneten Stadtrecht ist die Verfangenschaft, die hier „Wart" genannt wird, völlig ausgebildet, und außer den Immobilien selbst auf gewisse Arten von Mobilien, das „wagende Erbe"[41], ausgedehnt. Ueber die verfangnen Objekte kann der überlebende Ehegatte nur mit Einwilligung der Kinder verfügen, und diese haben gegenüber den Kindern aus späteren Ehen ein ausschließliches Erbrecht darauf[42].

c. in Nürnberg läßt sich das Bestehen des Verfangenschaftsrechts in früherer Zeit urkundlich nachweisen[43], während die spätere Gesetzgebung das Theilrecht einführte[44].

d. in Wetzlar wurde das Verfangenschaftsrecht, das im 14. Jahrhundert bestand[45], im Jahre 1548 abgeschafft[46].

e. in Landau bestand nach einem Statut von 1526[47] noch Verfangenschaft mit der Modification, daß wenn das Vermögen zur größeren Hälfte aus Mobilien bestehe, den Kindern auch an diesen

---

38) Der in meinem kurhess. Privatrecht §. 104. Note 10. citirte Landrechtsentwurf von 1583 sagt IV. 17. 4.: Es ist auch an vielen Orten in unsern Landen und Gebieten der Brauch — eingeschlichen, daß die Kinder erster Ehe alle in derselben Ehe zusammengebrachte angefallene oder sonst errungene und erworbene Güter allein, hingegen die Kinder zweiter Ehe die Baar- und Pfandschaften auch andere Fahrniß sammt den in derselben zweiten Ehe eroberten Gütern auch allein erben und hinnehmen.

39) s. den Nachweis kurh. Pr. R. §. 104. Note 10.

40) s. den urkundlichen Nachweis bei Lotz Anhang zu Ortloff Statuten von Coburg S. 65. Note 30 folg.

41) Vgl. Zöpfl. Bamb. Stadtr. S. 188. Note 12. Schwarz G. G. §. 15. Dieß findet sich auch in einigen anderen fränkischen Statuten.

42) Vgl. Zöpfl. das alte Bamb. Recht S. 188. Schwarz G. G. §. 15.

43) Schwarz G. G. §. 19. Note 2.

44) Schwarz G. G. §. 28.

45) s. die bei Schwarz G. G. §. 5. Note 6. und 51. cit. Urkunden, und das von Wigand Wetzlarsche Beiträge III. 463. Gesagte.

46) s. Wigand l. c.

47) Bei v. d. Nahmer Rhein. Part. R. II. 874.

ein Antheil nach billigem Ermessen eingeräumt werden solle. Landau hatte seit 1307 in Ehesachen Speirer Recht[48], und es würde sich schon hieraus ergeben, daß in der letzteren Stadt die Verfangenschaft gegolten; es ist dieß aber überdieß urkundlich festgestellt[48a].

f. in Möckmühl, welchem das Recht von Heidelberg ertheilt wurde, ist die Verfangenschaft in einer Verfügung des Pfalzgraf Friedrich von 1467[49] ausdrücklich anerkannt, wobei das Theilrecht ausgeschlossen und der Anfall der Mobiliarschaft an den überlebenden Ehegatten ausgesprochen ist.

g. in Mainz ergiebt sich das Bestehen des Verfangenschaftsrechtes schon aus dem Umstand, daß hier die Einkindschaften besonders gewöhnlich waren; jedoch konnte der überlebende parens unter gewissen Voraussetzungen abtheilen[50].

h. das ältere Recht von Würzburg ist noch nicht untersucht; aus den Aufzeichnungen seit der Mitte des 16. Jahrhunderts aber geht hervor, daß hier Theilrecht galt, und zwar wurde zwischen den Kindern und dem überlebenden parens das ganze Vermögen zu 2/3 und 1/3 getheilt. Das Recht nach der Aufzeichnung von 1536 unterscheidet sich nur dadurch von den übrigen Statuten, in denen Verfangenschaft gilt, daß nach Auflösung der Ehe der überlebende Ehegatte bis zur Abtheilung das gesammte Vermögen frei verwaltet und auch über die einzelnen Stücke verfügen kann; dagegen treten die übrigen Unterscheidungsmerkmale des Systems der gesammten Hand noch bestimmt hervor[51].

2. Ripuarien und Lothringen.

a. Für Cöln ist die Existenz des Verfangenschaftsrechts schon durch den Uebergang in Stadtrechte, die erweislich dem Cölner ent-

48) s. die Urkunde bei Euler in der Zeitschr. für d. R. VII. S. 86. N. 20.

48a) s. die Urtheile von 1355 bis 1547, welche Lehmann Speyrische Chronik Buch IV. Cap. 21. mittheilt.

49) Bei Fischer, Gesch. der deutschen Erbfolge II. 220.

50) Vgl. Bodmann Rheingauische Alterth. S. 645 f. Euler Frankf. Erbr. S. 75.

51) s. Friesen Sammlung bei Schneidt Thesaurus I. 94 und Diemer Landsbreuch ibid. 195. Schwarz G. G. §. 29. 30.

nommen sind, außer Zweifel; so findet es sich schon im zwölften Jahrhundert in Freiburg im Breisgau [unten 3. a.] und Colmar [unten 3. g.]; aber es läßt sich auch direkt aus gleichzeitigen Urkunden nachweisen [52]. In den Statuten von 1437 ist es noch erhalten, doch können die Kinder Abtheilung des ganzen Vermögens zu 2/3 und 1/3. verlangen [53]. Die praktische Gültigkeit desselben im ganzen Umfang des Erzbisthums ergiebt sich noch für das 16. Jahrhundert aus einem Zeugniß der Landstände vom 11. März 1542 [54]: „daß „wo zweierlei Kinder aus dem ersten und anderen Ehebett geboren „seynd, den ersten Kindern alle väterliche und mütterliche Stamb „und Erbgütter und den letzten Kindern alle gereidten Güttern und „und was in der zweiten Ehe gewonnen und erworben, gebühren sollten", welcher Gebrauch dann landesherrlich bestätigt wurde, während schon in der Reformation von 1538 [55] der Versuch gemacht war, diesen Rechtssatz als „der Mildigkeit der Rechten zuwider" zu beseitigen. Dieß bestätigt sich auch in dem Recht einzelner zum Erzstift gehöriger Orte, namentlich der Stadt Lechenich, in deren 1279 ertheiltem Stadtrecht [56] es heißt:

> §. 24. Item nullus post decessum uxoris sue poterit vel debebit hereditatem curtis nostrae in Lechenich dare secunde mulieri et pueris suis hereditarie et exhereditare pueros priores. Simili modo nec mulier dare poterit secundo viro vel pueris suis post obitum mariti prioris.

der Stadt Rees, früher zum Erzstift Cöln, später zu Cleve gehörig, nach deren im 15. Jahrh. verfaßten Stadtrecht der überlebende Ehegatte die Erbgüter zur Leibzucht besitzt, da die Kinder mit denselben beerbt sind, während die reiden Güter demselben ausschließlich zu-

52) Euler Frankf. Erbrecht §. 13. Note 5.
53) Statuten von 1437. Art. 12—14. Euler Frankf. Erbr. § 13. Note 6 f.
54) Bei Maurenbrecher Rheinpr. Landr. I. 317.
55) Bei Maurenbrecher Rheinpr. Landr. I. 367.
56) Bei Gengler Stadtr. Nr. 196.

stehen[57]; der Stadt Xanten, ebenso früher zum Erzstift Cöln, später zu Cleve gehörig, wo das Verfangenschaftsrecht noch jetzt in Uebung ist[58].

b. In Jülich ist nach dem älteren Landrecht, dessen Aufzeichnung in das 14. Jahrhundert gesetzt wird[59], die Verfangenschaft ausdrücklich anerkannt.

XXVIII. 8. Item mann off frauwe die eyniger handt sytzt und hait vur und nae Kinder wannehe der afflyvich wyrt asdann deillen die vur und naekynder die gereide güter samen, dan die Erffschaft sleidt nae yecklichem bedde wie sych gebuyrt.

Daneben können aber die Kinder die Eltern zur Theilung anhalten. XXX. 2.

c. In Berg ist nach dem im 14. Jahrhundert aufgezeichneten s. g. Opladenschen Ritterrecht[60] derselbe Grundsatz aufgestellt.

c. 57. Da ein mann ader frow sitzend zo einer handt indt haven eheliche gebuirth ind veranderen sich, die moigen dat gereide guith haven ind ein dem anderen laissen; ind die Erffschaft nith, die sullen sie in noitbow halden ind nith besweren, wes des aver geschege, sall van unwerth syn.

vgl. auch c. 53. und 54. In dem für beide Länder erlassenen Jülich-Bergischen Landrecht wurde das gleiche Princip als eine über alle Menschen Gedenken altherkommende Gewohnheit und Gebrauch bestätigt[61].

---

57) Der diese Bestimmung enthaltende §. 35. ist abgedruckt bei Kamptz die Provincialrechte xc. III. 73.

58) s. die bei Kamptz die Provincialrechte III. 85. abgedruckten Beweisstellen.

59) Lacomblet Archiv I. 32. Es ist gedruckt ebenda 111. f.

60) Bei Lacomblet Archiv I. 79 f.

61) c. 74. bei Maurenbrecher Rheinpr. Landr. I. 227. Ueber die verschiednen Auslegungen dieser Bestimmung s. ebenda Note 33.

d. In den Städten Duisburg[62] und Wesel[63] ist die in älteren Statuten festgestellte Verfangenschaft noch jetzt geltendes Recht.

e. Dasselbe gilt von den ehemaligen Abteien Cornelimünster[64], Werden[65] und Stablo[66] und ihrem Gebiet.

f. In den belgischen Rechten, namentlich dem Landrecht von Geldern[67], den Coutumes de Limbourg[68], und dem Lütticher Recht[69], ist die Devolution in ihrem vollen Umfang erhalten.

g. Auch für Lothringen muß man dieses Rechtsverhältniß annehmen, da 1223 der Erzbischof von Trier in einem Rechtsstreit das Erbgut den erstehelichen Kindern zuspricht[70]. Das Gegentheil würde sich aus dem Landrecht von Saarbrücken[71] ergeben, welches Cap. I. 1. Kinder verschiedener Ehen ausdrücklich gleichstellt, wenn dasselbe wirklich aus dem Jahre 1321 wäre; allein Sprache und Inhalt lassen keinen Zweifel, daß dasselbe nicht vor dem 16. Jahrhundert aufgezeichnet sein könne[72].

3. Schwaben.

Dieser Landestheil schließt sich an den vorigen zunächst dadurch an, daß das aus dem Cölnischen abgeleitete Freiburger Recht hier eine weite Verbreitung fand. Gleichwohl ist das eheliche Güterrecht in Schwaben, das theils auf der reinen Verfangenschaft theils auf dem Theilrecht beruht, nicht ausschließlich auf das Freiburger

62) Vgl. die Zusammenstellung bei Kamptz Provincialrechte III. 46—57. und Euler in der Zeitschr. X. 5. Note 15.

63) Kamptz Prov. R. III. 76 und Euler l. c. S. 5. Note 16.

64) Kamptz Prov. R. III. 524.

65) Kamptz Prov. R. II. 576.

66) Kamptz Prov. R. III. 509.

67) Geldernsches Landrecht I. 2. 3. nr. 12 bei Maurenbrecher Rheinpreuß. Landr. II. 526.

68) Bei Kamptz Prov. R. III. 442.

69) Schwarz G. G. §. 21.

70) Bei Günther Cod. dipl. II. Nr. 54. Angedeutet ist dieß auch noch im Churtrierischen Landrecht VI. §. 3.

71) Bei v. d. Nahmer. II. 942.

72) s. den Nachweis bei Euler. Frankf. Erbr. S. 73.

Recht zurückzuführen, es hat sich vielmehr an vielen Orten unabhängig davon ausgebildet.

a. Freiburg im Breisgau hatte bis zu der Reformation im Jahre 1520, wie diese selbst sagt [73], Verfangenschaftsrecht, und es wird dieß theils durch den Wortlaut der verschiedenen Stadtprivilegien, theils dadurch bestätigt, daß alle die Städte, welchen das Freiburger Recht mitgetheilt wurde, die Verfangenschaft haben. Man muß dieß Rechtsverhältniß schon in dem Stiftungsbrief von 1120 [74] suchen, wo es heißt:

> c. 44. Maritus uxore vivente pro voluntate sua de possessione sua disponit. Si alter eorum moritur, nisi famis necessitas eum urgere ceperit et illam necessitatem juramento probaverit, de proprio et hereditate sua nil facere potest.
>
> c. 45. Quotquot uxores quilibet burgensis acceperit, liberi bona cujuslibet matris possidebunt.

Die letztere Bestimmung wird von Euler [75] mit Recht dahin gedeutet, daß darin eine indirekte Anerkennung der Verfangenschaft, nämlich der Ausschließung der zweitehelichen Kinder von den ersteehelichen Immobilien liege, wie sich dieß auch aus den daraus abgeleiteten Stadtrechten von Bern und Freiburg im Uechtland ergiebt. Die übrigen Redactionen des Freiburger Rechtes, nämlich der Stadtrodel aus dem Anfang des 13. Jahrhunderts [76], der deutsche Entwurf von 1275 [77] und das Stadtrecht von 1293 [78] enthalten auch nichts weiter als diese Bestimmungen [79]. Ausführlicher sind folgende aus dem Freiburger abgeleiteten Stadtrechte:

73) s. die Stelle bei Euler Frankf. Erbrecht S. 16. Note 21.

74) Bei Gaupp. I. 26.

75) Frankf. Erbr. 16. Note 24.

76) Bei Gaupp II. 28.

77) Bei Schreiber Urkundenbuch 1. 74.

78) Bei Schreiber I. 123.

79) s. im allgemeinen über das Freiburger Recht Euler Frankf. Erbr. §. 4. Auch in dem aus dem Cölner abgeleiteten Colmarer Recht, welches ganz zweifellos die Verfangenschaft hatte, findet sich dieselbe Bestimmung über die

aa. Die Berner Handfeste von 1218 [80], welche bestimmt:

c. 43. Si uxor alicujus burgensis moritur cum qua liberos habuit, et ipse postea allodia et alia bona acquisiverit, de his potest disponere sine priorum puerorum voluntate. Si alios pueros genuerit, his tenetur relinquere mobilia et allodia post acquisita. Feoda autem tam priores pueri quam posteriores mortuo patre pariter habebunt. Idem jus est de muliere.

bb. Die Handfeste von Freiburg im Uechtland von 1249 [81] überläßt c. 29. an die Wittwe, die sich wieder verheirathet, nur einen Theil des Alods und der Mobilien, wobei aber das erstere an die ersteheliehen Kinder verfangen ist, womit die Burgdorfer Handfeste von 1316 [82] wörtlich übereinstimmt.

cc. Die Handfeste von Dissenhofen im Thurgau von 1260 [83] welche in §. 6. den Bürgern ausdrücklich das Cölner Recht gewährt, führt §. 32. das Theilrecht in der Art ein, daß die überlebende Wittwe einen Kindstheil erhält.

dd. Die Stadtrechte in dem Uracher Antheil [84] von Wirtemberg, namentlich Urach, Tübingen, Asperg, Nürtingen, Böblingen [85] hatten Verfangenschaftsrecht [86]. Der Zusammenhang mit dem Freiburger Recht, der außer Zweifel ist [87], erklärt sich aus der früheren Vereinigung von Freiburg mit der Grafschaft Urach [88].

ee. Das Stadtrecht von Offenburg aus dem 16. Jahrhundert [89]

Erbfolge im Muttergüte Euler in der Zeitschr. VII. 86; sowie im bairischen Landrecht von 1346. c. 113 unten Note 116.

80) Gaupp II. 44.

81) Gaupp II. 88.

82) Gaupp II. 120.

83) Gengler Stadtr. Nr. 68.

84) Vgl. Stälin Wirtemb. Geschichte III. 458.

85) Ein Theil davon ist gedruckt in Fischer Erbfolge Band 2.

86) s. die nähere Ausführung bei Wächter. I 201. Dieses Recht erstreckte sich auch auf das umliegende Land.

87) s. Gaupp I. XXVI. Jäger Gesch. von Ulm 150.

88) Wächter I. 71. Note 6.

89) Bei Walch Beiträge III. 110.

und das Recht der Herrschaft Lore und Malberg in Baden [90], beide dem Freiburger Recht entnommen [91], hatten Verfangenschaft.

b. Das Stadtrecht von Augsburg [92], welches in das Jahr 1276 gesetzt wird und mit dem von Freiburg in keinem äußeren Zusammenhang steht, hat die Verfangenschaft ganz unverkennbar ausgebildet. Der überlebende Wittwer kann hiernach, wenn er nicht zur zweiten Ehe schreitet, über sein Eigen, Erbgut, Erblehen und Zinslehen nicht ohne gemeiner Freunde Rath, und wo solche nicht vorhanden, nicht ohne Einwilligung der Kinder selbst verfügen; dagegen disponirt er frei über Lehen und fahrendes Gut. W. c. 242a. Freyb. S. 88. — W. c. 243. b. Fr. S. 89. — W. c. 251. c. Fr. S. 93. Ebenso verfügt er mit Verbindlichkeit für die Kinder nur über Lehen und fahrendes Gut, nicht über Eigen der verstorbnen Frau. W. c. 241. Freyb. S. 87. Dasselbe Recht gilt für die Wittwe, die, solange sie den Wittwenstuhl nicht verrückt, den Beisitz am ganzen Vermögen hat — W. c. 243. c. Fr. S. 89 — aber in der Disposition über ihr Eigen ebenso beschränkt ist wie der Mann, — W. c. 251 c. Freib. S. 93 — und auch über ihr fahrendes Gut letztwillig nur in beschränktem Umfang verfügen kann. — W. c. 244. Fr. S. 89. — Heirathet der Wittwer wieder, so ist er in der Disposition über sein Vermögen in gleicher Weise gebunden:

> W. c. 242. b. Freyb. S. 88. Ist daz einem man sine wirtinn stirbt unde im chint lat unde daz der sin dinch veraendert mit der e der mak mit sinem varenden gute unde mit sinen lehen wol tun gen der frowen als in sin triwe lert gen den erren chinder. Ist aber aigen da oder erbe gut oder zinslehen da mag er den erren chinden cheinen schaden fürbaz angetun wande mit gemeiner friunde rate durch chein sin notdurft.

90) Sammlung der Landrechte in Baden ꝛc. II. S. 80.

91) Gaupp I. XXVI.

92) Ausgabe bei Walch Beiträge III. und Freyberg Sammlung deutscher Rechtsalterthümer I. Da die letztere viel correktere Ausgabe nicht numerirt ist, so citire ich nach Walch mit Verweisung auf Freyberg.

Die Wittwe aber, die sich wieder verehelicht, kann ihrem Ehemann nur ein Drittel ihres fahrenden Gutes und ein Drittel Gült an Eigen, Erbgut, Erblehen und Zinslehen, d. h. den Nutzgenuß daran zubringen, dessen Substanz jedoch nach ihrem Tode an die ersteheliche Kinder fällt. Diese erhalten sofort die andern zwei Drittel des Eigens der Wittwe, die von den nächsten Magen der Kinder verwaltet werden. W. c. 245 Freyb. S. 90. Schon hieraus ergiebt sich die Ausschließung der Kinder zweiter Ehe von der Erbfolge in das in der ersten Ehe vorhandene Erbgut; es ist dieß aber überdieß ausdrücklich ausgesprochen

> W. c. 251. a. Freyb. S. 92. Daz erbegut als davor geschrieben stat daz suln erben süne unde toehter die von vater unde von muter rehtiu geswistergide sint ane harnasch unde ane swaert und ane geschütze daz erbent die süne vor uz.

Die Verfangenschaft erstreckt sich auch auf gewisse Mobilien, die in W. c. 251 a. Freyb. S. 92. als Erbgut erklärt sind. Die Anerkennung des Theilrechtes geht aus der oben cit. W. c. 245 Freyb. S. 90. hervor, wonach bei Wiederverehelichung der Mutter 2/3 ihres Erbgutes den Kindern anfallen. Aber auch ohne Wiederverehelichung konnte es zur Theilung kommen, wenn nämlich die Aussteuerung der Kinder nicht anders bestritten werden konnte, in welchem Fall es dem überlebenden parens freistand, mit Freunde Rath sein Eigen zu verkaufen und dann einen Kindstheil zu nehmen. W. c. 251. e. Fr. S. 94. Das Augsburger Stadtrecht ist für die vorliegende Frage eine besonders bedeutende Quelle, da es ausführlichere Bestimmungen über das eheliche Güterrecht enthält als andere Statuten. Uebrigens lassen sich die oben cit. Stellen Swsp. Lassb. 161 und 287 nicht auf dieses Stadtrecht zurückführen, da sie mit keiner Bestimmung desselben eine äußere Aehnlichkeit haben.

c. Das Eßlinger Stadtrecht, welches durch seine Uebertragung auf Ulm im Jahre 1274[93]) die Grundlage vieler schwä-

93) vgl. Jäger Gesch. von Ulm S. 147.

bischen Stadtrechte geworden ist, ist uns aus Aufzeichnungen seit dem 14. Jahrhundert bekannt und enthält das volle Verfangenschaftsrecht; doch tritt Theilrecht ein, wenn der überlebende Gatte auf die Verfangenschaft verzichtet, oder wenn der Nachlaß fast bloß aus Mobilien besteht [94]).

d. Das Ulmer Recht ist in seiner ursprünglichen Fassung, wie es seit dem 14. Jahrhundert in dem rothen Buch aufgezeichnet wurde, nicht veröffentlicht. Man darf um so mehr annehmen, daß hier Verfangenschaft mit Theilrecht gegolten habe [95]), als sich der eigenthümliche Voraus des Eßlinger Rechts erhalten hat [96]), und in einigen Städten, die ihr Recht von Ulm ableiteten, auch später noch Verfangenschaft sich findet, so in Biberach [97]), das 1312 das Ulmer Recht erhielt [98]), und Kaufbeuren [99]), dem 1330 das aus dem Ulmer abgeleitete Memminger Recht übertragen wurde [100]). Damit soll indessen die Möglichkeit, daß in Ulm von Anfang an ein anderes eheliches Güterrecht gegolten habe, als in dem größern Theil des übrigen Schwabens, nicht in Abrede gezogen werden. In Ravensburg, wo freilich eine ziemliche Unsicherheit hinsichtlich des

---

94) Vgl. Knipschildt de fideicomm. cap. 15. VII. Wächter Priv. R. I. 759. Die letztere Bestimmung erinnert an das Landau-Speyrer Recht oben 1. e. Speyrer Recht ward 1281 auf Heilbronn übertragen, Jäger Gesch. von Ulm S. 150; von Eßlingen habe ich das nicht gefunden.

95) Dieß nimmt Wächter I. 752 an. Vgl. Jäger Gesch. v. Ulm S. 332. Nach einem Statut von 1423 bezog sich das Theilrecht jedoch nur auf die Frau, während der überlebende Mann über sein Vermögen beliebig verfügt.

96) Vgl. Wächter I. 752 und 761.

97) Vgl. Wächter I. 779.

98) Jäger Gesch. von Ulm 149.

99) Ich kann hier nur auf Hofmann Handbuch des ehel. Güterr. 1789 § 174 verweisen, da mir die Schrift von Hörmann nicht zugänglich ist.

100) Gengler Stadtr. Nr. 176. In dem Memminger Recht von 1396 bei Freyberg Sammlung V. 239 f. ist nur die Pflicht der Wittwe mit den Kindern abzutheilen (sundersassen) erwähnt c. 42., ohne daß bezüglich des Manns das Gegentheil gesagt wäre, wie denn dieses Rechtsbuch überhaupt wenig über das Eherecht bestimmt.

ehelichen Güterrechts herrschte [101]), das aber auch Ulmer Recht hatte, war durch ein Statut von 1441 die Verfangenschaft beseitigt [102]). Ebenso findet sie sich später nicht in Gemünd [103]) und Giengen [104]), beide ebenfalls mit Ulmer Recht bewidmet [105]). Die eigenthümliche Beschränkung des Theilrechts auf die Wittwe in dem Statut von 1423 kehrt in einem Schweizerischen Stadtrecht wieder [106]).

e. In einigen schwäbischen Reichsstädten findet sich Verfangenschaft oder Theilrecht, ohne daß ein äußerer Zusammenhang mit den vorgenannten Stadtrechten bekannt wäre, so in Schwäbischhall das reine Verfangenschaftsrecht [107]), in Reutlingen Theilrecht [108], in Rottweil Verfangenschaft für den Wittwer, Theilrecht für die Wittwe [109]).

f. In der alten Grafschaft Wirtemberg [Stuttgarter Antheil] galt Theilrecht in der Art, daß der überlebende parens bei Wiederverehelichung das ganze Vermögen, an dem er bis dahin den Beisitz hatte, mit den Kindern nach Quoten theilte, wobei seine Quote nach den meisten Rechten in einem Kindestheil bestand [110]). So repräsentiren der Uracher und Stuttgarter Antheil von Wirtemberg den Gegensatz von reiner Verfangenschaft und Theilrecht [111]).

g. Auch im Elsaß findet sich die Verfangenschaft, da das Cölner Recht schon 1278 auf die Stadt Colmar übertragen wurde,

---

101) vgl. Jäger Gesch von Ulm 148. Ravensburg hatte zu seinem eigenen Recht 1286 das von Ueberlingen, 1296 das von Ulm erhalten.

102) Wächter I. 757. Die Geschichte von Ravensburg von Eben, in der dasselbe gedruckt, war mir nicht zur Hand.

103) Wächter I. 785.

104) Wächter I. 779.

105) Jäger Gesch. von Ulm 150.

106) in dem von Elgg. Bluntschli Zürch. St. u. R. G. I. 465. Ebenso in Bremen und Oldenburg unten 6. e.

107) Wächter I S. 768. Es wurde 1516 abgeschafft.

108) Wächter I S. 774

109) Wächter I S. 784.

110) Wächter I S. 209.

111) Vgl. Wächter I S. 71.

und von da auf andere elsässische Städte übergieng [112]). Auch in anderen nicht zu dieser Familie gehörigen Stadtrechten wird sie erwähnt, z. B. in Schlettstadt [113]).

Es ergiebt sich aus dem Angeführten, daß die Verfangenschaft in ihren beiden Formen als reine Verfangenschaft und Theilrecht in Schwaben schon seit dem 12. Jahrhundert ebenso verbreitet war, wie in Ostfranken und Ripuarien. Es läßt sich dieß nicht ausschließlich auf das Cölner Recht zurückführen, das direkt, wie in Colmar, oder als Freiburger Recht recipirt wurde. Denn Augsburg, Eßlingen, Ulm, das Recht der Grafschaft Wirtemberg (Stuttgart) stehen damit in keinem Zusammenhang. Man kann daher das System der gesammten Hand mit Verfangenschaft nicht als ein fränkisches Güterrecht bezeichnen. Uebrigens finden sich in Schwaben auch einzelne Ausnahmen. So sind in dem Recht der Stadt Winterthur von 1297 [114]) Kinder verschiedener Ehen in der Beerbung des gemeinsamen parens ausdrücklich gleichgestellt, und nach dem Stadtrecht von Murten aus dem 13. Jahrhundert [115]) succediren Kinder verschiedner Ehen im Verhältniß von $^2/_3$ und $^1/_3$ dem gemeinsamen parens.

4. Baiern.

Baiern wurde bisher nicht unter den Ländern des Systems der gesammten Hand aufgeführt; gleichwohl war auch hier der Grundsatz anerkannt, daß Kinder verschiedener Ehen den gemeinsamen parens nicht gleichheitlich beerbten. Dieß ergiebt sich:

a. aus der Aufnahme von Swsp. Lassb. 287. in Ruprecht von Freising c. 189.

b. aus dem bairischen Landrecht von 1346, wo c. 113. bestimmt ist [116], daß Kinder aus verschiedenen Ehen ihr Muttergut

---

112) s. ausführlich darüber Euler in der Zeitschr. f. d. R. VII. 80 f.

113) Vgl. Schwarz GG. § 5, Note 10.

114) c. 21. bei Gaupp I. 146.

115) c. 18. bei Gaupp II. 155. Es wird zur Familie des Freiburger Rechtes gerechnet.

116) bei Freyberg Sammlung IV. 231.

voraus erben sollen, was schon oben im Freiburger Stadtrecht, so wie dem von Colmar auf die Verfangenschaft bezogen wurde [117].

c. Aus dem Münchener Stadtrecht [118] von 1347, in dem es heißt [119]:

Art. 113. Stirbt ainem mann sein hawsfraw, der mag der andern frawen wider legen auf seinem aigen, das er pei der vorderen frawen gehabt hat und des moegen in die vorderen kint nicht irren doch seiner eehaften not unverzigen und soll auch die wiederlag den vorderen geboren unschedlich sein er sol aber swern vor den rechten das er kain varnts gut hab darauf er seiner hawsfrawen ir wider leg geben müg und sol auch das aigen das lest gut sein das er durch sein notdurft an wirt. Gewinnt aber er hernach oder kauft ander gut, darauf sol er der hausfrauen widerlegen und sol den ersten kinden ir aigen ledig machen ob er es tun mag.

Hier ist der oben entwickelte Rechtssatz ganz zweifellos ausgesprochen, da das Eigen, welches der wieder verheirathete Vater in erster Ehe hatte, hier sogar Eigen der erstehelichen Kinder genannt wird.

d. Aus dem Stadtrechte von Landshut von 1423 [120], in welchem für die wiederheirathende Wittwe das Theilrecht eingeführt ist:

Item waer es auch, dass ain muetter ihren Wittibstuehl verkehren wollt' so soll sye mit ihren khündtern nach freinds rath ehe dass sye heurath thaillen auf einen gleichen thaill dass die muetter und jedes khündt eins

117) vgl. oben Note 75 und 79.

118) bei Freyberg Sammlung V. 325 f. u. Auer, Münchner Stadtrecht 1840. Es ist dieß das s. g. versiegelte Buch, welches von Kaiser Ludwig für alle bairischen Städte bestimmt war. S. Freyberg über den histor. Gang der bair. Landesgesetzgebung 1834 S. 14. Auer a. a. O. XXIII.

119) Auer, das Münchner Stadtrecht S. 49.

120) bei Mittermair in der Zeitschr. für gesch. R. W. II. 321.

als viel als das ander haben sollt ausgenommen der muetter morgengabe, die soll sye empfor haben —

was auch für den Wittwer gegolten haben muß, da, wenn Mann und Frau zweierlei unabgetheilte Kinder zusammen brachten, diese ein gleiches Erbrecht am Vermögen ihrer Eltern hatten, [eine Art gesetzlicher Einkindschaft], und in diesem Fall das Theilrecht auf den Mann wie auf die Frau sich erstreckt [121].

5. Oesterreich.

Hier ist der Grundsatz, daß Kinder verschiedener Ehen ihren gemeinsamen parens nicht gleichheitlich beerben, ausgesprochen:

a. In dem österreichischen Landrecht aus dem 13. Jahrhundert [122]:

> c. 18 (15) Wer ain kan nimpt und kint bey der gewinnet, was der bei derselben Frawen hat oder gewinnet das ist der kind so der vater nicht enist. Ist aber das die mutter todt geleit und der vater ain ander chan nimpt und bei der Kind gewinnet dieselben kind sullen nicht erben auf das gut das er ee gewannen hat das der vorderen kind ist es sei eigen, lechen, er mach es dann den andern kindern. Was er auch guts gewinnet bei der andern frawen das soll erben auf derselben frawen kind es sei aigen oder leben und nicht auf die vorderen Kind er mach es dann den kindern.

b. Dem Wiener Stadtrecht von 1435 [123], welches den Grundsatz aufstellt, daß der wiederheirathende Wittwer den Kindern erster

---

121) a. a. O. 322.

122) Senkenberg Visiones 223.

123) bei Rauch Script. rer. Austr. III. 144 f. Die von Fischer Gesch. der d. Erbfolge II. 302 mitgetheilten Stücke aus einer Hs. der Windhagenschen Bibliothek sind nicht, wie Gengler Stadtr. Nr. 375, Note 9 meint, einem Stadtrecht von 1351 entnommen, sondern wörtlich Bestimmungen des Stadtrechts von 1435.

Ehe das Vermögen, das er in dieser gehabt, nicht entziehen könne, außer wenn er abtheilt [124].

6. Westfalen.

Man hat Westfalen immer als das Land angesehen, in dem sich die Gütergemeinschaft besonders früh entwickelt habe, weil sich hier schon seit dem 12. Jahrhundert eine Theilung des überlebenden Ehegatten und der Erben des Verstorbenen in das ganze Vermögen finde [124a]. Allein eine nähere Prüfung der älteren Rechte zeigt auch hier das gleiche Princip wie in Franken und Schwaben, wobei sich aber das Theilrecht in größerer Mannigfaltigkeit als in diesen beiden Landestheilen ausgebildet hat.

a. Wirkliche Verfangenschaft gemischt mit Theilrecht findet sich in dem Herforder Stadtrecht Saec. 14 [125], wo nach c. 48. der Wittwer, wenn er sich wieder verehlicht, angehalten wird, den Kindern ihrer Mutter Gerade herauszugeben, sein Weichbildgut aber halb mit ihnen zu theilen:

> sin erve god dat sy vry god eder eghen god eder lengod des mach he bruken de wile dat he levet na sineme dote so ervet dat uppe de ersten kindere. Wat he aver beholt wicbelde god unde varendę god unde erve dat he seder to kofte dar mach he mede beerven sin wif unde sine lesten kindere.

Die Frau bleibt nach c. 49. mit den Kindern im Gut sitzen; bei Wiederverheirathung giebt sie ihnen das Heergeräthe heraus und theilt das fahrende Gut und Weichbildgut, Erbgut aber fällt auf die rechten Erben. Auch in der zu Westfalen gehörigen Stadt Essen [125a] findet sich Verfangenschaft, und hat sich sogar bis jetzt erhalten.

b. Nach einigen Rechten theilt der überlebende Ehegatte bei

---

124) Rauch. III. 184. 185. 189.

124a) s. Cropp in Heise und Cropp II. 455.

125) Wigand Archiv II. 1. 7.

125a) Kamptz Prov. R. II. 565. Euler Zeitschr. X. 4, Note 11.

Wiederverheirathung sein eignes Vermögen mit den ersteheliehen Kindern und verfügt dann zum Behuf der zweiten Ehe frei über seinen Antheil. Dieß war namentlich der Fall in Dortmund, nach einem Weisthum für Hörter aus dem 13. Jahrhundert [126],

> Quod si duo fuerint conjuges vir et mulier altero eorum decedente superstes sive vir fuerit sive mulier, volens contrahere cum alia seu alio, medietatem omnium bonorum suorum obtinebit, aliam medietatem liberis suis integraliter dimittendo.

und nach dem Dortmunder Stadtrecht aus dem 13. Jahrhundert [127], wo es heißt:

> c. 18. Item ubi duo conjuges sunt et alter eorum viam universe carnis ingreditur superstes si habent pueros relinquit illis medietatem bonorum suorum reliquam partem potest dare si matrimonium contraxerit secum legitime contrahenti.

Daß hiermit nicht eine Theilung des ganzen Vermögens beider Eheleute [128] (wie unter c.), sondern nur des Vermögens des überlebenden Ehegatten gemeint gewesen, ergiebt sich, abgesehen vom Wortlaut, auch aus dem Recht von Büren Saec. XIV. [129], wo es heißt:

> Item si conjugatorum alter obierit et superstes velit contrahere, mediam partem pueris assignabit, si non vult contrahere pueri parentem non impedient.

und in der deutschen Uebersetzung [130]:

> Item efte twe in eschop weren und der eyn aff storve und de andere wolde sik voranderse = deghen in echteschop de sal gheven den kindern den halften deyl synes gudes.

---

126) Wigand Archiv III. 3. 15.
127) Wigand Gesch. v. Corvey II. 209.
128) So legt Wigand Archiv l. c. S. 20 die obige Stelle aus.
129) Wigand Archiv III. 3. 31.
130) Wigand a. a. O. 37.

c. Nach einigen Statuten theilt der überlebende Ehegatte das ganze vorhandene Vermögen ohne Rücksicht auf seinen Ursprung zur Hälfte mit den Kindern, so nach dem Stadtrecht von Rüthen c. 41.[131] und Brekerfeld § 10[132].

d. Andere Statuten lassen auch das ganze Vermögen zwischen dem überlebenden parens und den Kindern theilen, aber mit verschiedenen Quoten für Mann und Frau, nämlich $1/2$ für den Mann, für die Frau bei mehreren Kindern $1/3$, bei einem $1/2$, so in Soest[133], Bocholt[134] und Münster[135]. Der Zweck war dabei ausgesprochenermaßen kein anderer, als dem überlebenden parens die freie Verfügung über seinen Antheil zu verschaffen[136].

e. Endlich wird nach einigen Rechten, nämlich dem von Bremen[137] und Oldenburg[138] nur zwischen der Wittwe und den Kindern, nicht aber dem Wittwer getheilt[139].

Im wesentlichen ist demnach in Westfalen die Abtheilung des überlebenden parens mit den Kindern auf dieselben Principien zurückzuführen, wie in Franken und Schwaben. Es fehlt nicht nur nicht an Spuren der Gültigkeit des reinen Verfangenschaftsrechts, sondern es gewährt auch die Form der Theilung des eignen Vermögens des überlebenden parens einen Anhaltspunkt für die Annahme, daß auch hier das Theilrecht seine Veranlassung in dem ausschließlichen Erbrecht der ersteheliche Kinder in das während der ersten Ehe vorhandene unbewegliche Vermögen gehabt habe.

---

131) Wigand Archiv V. 67.

132) Gengler Stadtr. S. 45.

133) Die alte Skraa c. 162. Daß dem Mann die Hälfte zukomme, ist nicht gesagt, darf aber aus den beiden andern Statuten geschlossen werden.

134) bei Wigand Archiv III, 1. 1. c. 2. 4.

135) alte P. O. 5 11. 12. bei Deiters G. G. S. 117. Hier ist nur gesagt, daß die Mutter bei mehreren Kindern $1/3$ erhalte. Nach dem Recht von 1326 § 58. Gengler Stadtr. S. 307 erhielt die Mutter die Hälfte.

136) Söster Skraa c. 165.

137) Bremer Stat. 1433. Stat. 7 u. 8. bei Kraut Grundriß § 218, Nr. 6. 7.

138) bei Kraut Grundriß § 219 Nr. 6.

139) Es erinnert dieß an das Ulmer Recht oben 3. d.

B. Verfügungsgewalt.

Der für Franken und das Freiburger Recht mit seinen Tochterrechten längst nachgewiesene Grundsatz[140], daß die Ehegatten nur vereint über Immobilien verfügen konnten, für solche Verfügungen aber bei beerbter Ehe von dem Recht des nächsten Erben unabhängig waren (gesammte Hand), findet sich auch in anderen Theilen von Schwaben, wie in Augsburg[141], dem Stuttgarter Antheil von Wirtemberg, und Colmar[142], ferner in Baiern[143] und Oesterreich[144].

C. Erbrecht.

Am wenigsten gleichheitlich entwickelte sich das Erbrecht des überlebenden Ehegatten bei unbeerbter Ehe; selbst im fränkischen Recht lassen sich zwei Richtungen bemerken[145], indem nach der einen Classe von Statuten der überlebende Ehegatte das Gesammtvermögen allein erbte, während er nach der andern an die Erben des verstorbenen gewisse Theile herauszugeben hatte. Diese Verschiedenheit findet sich auch in Schwaben[146], Baiern[147] und Westfalen[148].

---

140) Ich verweise hier auf die Ausführungen von Euler und Schwarz. Die Schuldenhaftung des Frauengutes bildet kein Unterscheidungsmerkmal, da sie sich auch in sächsischen Rechten findet.

141) Hier ist er ganz zweifellos ausgesprochen, Walch c. 248a. Freyb. 91. — Walch c. 254.

142) Euler Zeitschr. VII. 84.

143) Münchner Stadtr. 1347. Freyb. V. 392. bei Auer Art. 214.

144) Wiener Stadtr. 1435. bei Rauch III. 189. 193.

145) Schwarz GG. § 6.

146) Das volle Erbrecht galt in Freiburg und Ulm und ihren Tochterstädten, Theilung in Augsburg.

147) Nach dem bair. Landrecht 1346 und dem Münchner Stadtrecht 1347 sowie dem Landshuter Recht 1341 hat der überlebende Ehegatte kein Erbrecht; nach dem späteren Recht von München, Landshut, Landsberg und Ingolstadt ist er ausschließlicher Erbe. Nach dem Wiener Stadtrecht 1435 Rauch III. 188. hat der überlebende Gatte kein Erbrecht.

148) Volles Erbrecht findet sich z. B. in Bocholt, Theilung in Söst und Rüthen.

IV.

Fassen wir die Ergebnisse der vorstehenden Untersuchung zusammen, so zeigt sich vor allem, daß das eheliche Güterrecht, wie es in dem Sachsenspiegel dargestellt und im wesentlichen in den Ländern des sächsischen Rechtes mit Ausnahme von Westfalen noch erhalten ist, in dem größeren Theil von Deutschland keine Anwendung fand. Die hier eintretende Vereinigung des Vermögens der Ehegatten war schon während der Ehe eine andere, als die nach sächsischem Recht; nicht die Unterwerfung des Frauengutes unter die Gewalt des Mannes war das leitende Moment, sondern, daß das Recht des einzelnen Ehegatten zwar verschieden war nach der natürlichen Unterscheidung der Sachen in Mobilien und Immobilien, nicht aber nach dem Ursprung des einzelnen Objects. Der Ehemann verfügte frei über alle Mobilien, über Immobilien nur mit Einwilligung der Frau; die Ehefrau war dem Ehemann in ihren Rechten auf das eheliche Vermögen nicht gleichgestellt, aber sie war auch nicht so beschränkt wie nach sächsischem Recht, da der Mann auch über seine eignen Immobilien nicht ohne Zustimmung der Frau verfügen konnte, die Frau mit andern Worten hinsichtlich des Vermögens des Ehemannes die Rechte hatte, die ihr bezüglich ihres eignen Vermögens zustanden. Dieß scheint durch den Satz des Freiburger Rechtes angedeutet: „Omnis mulier viro parificabitur et „e contra“ — „Ein wib ist genoze ires mannis und der mann des „wibes.“ — Aber nicht nur durch diese Ausdehnung der Rechte der Frau erscheinen die beiderseitigen Immobilien während der Ehe als *eine* Masse, auch dadurch ist dieß herbeigeführt, daß bei beerbter Ehe die Eheleute über die Immobilien mit gesammter Hand frei verfügen, ohne an das Recht des nächsten Erben, ihrer Kinder, gebunden zu sein, während nach sächsischem Recht die Ehe ohne Einfluß auf das Widerspruchsrecht des nächsten Erben war. Noch bestimmter aber tritt diese Vereinigung bei Auflösung der beerbten Ehe hervor, wo die verfangenen Immobilien in der Hand des überlebenden Ehegatten bleiben. Die Auffassung Gerbers, die Verfangenschaft sei die Verbindung zweier verschiedener Rechte der Kinder,

nämlich des Eigenthums an dem Vermögen des vorverstorbenen und des nächsten Erbrechts am Vermögen des überlebenden Ehegatten, ist nicht nur in dem letzten, sondern auch dem ersten Punkt unrichtig. Dieser Ansicht, wornach der überlebende parens an dem Vermögen des verstorbenen nur Nießbrauch, dagegen an seinem eignen Vermögen Eigenthum mit beschränkter Veräußerungsbefugniß gehabt hätte, steht der Umstand entgegen, daß bei Veräußerungen in Fällen echter Noth, welche nach vielen Statuten früher dem überlebenden Ehegatten gestattet waren [149], zwischen dem Eigenthum des überlebenden und verstorbenen Ehegatten nicht unterschieden wurde, der überlebende Ehegatte also in einem solchen Fall auch über das letztere verfügte, so wie, daß Kinder in der Verfangenschaft mit Ausschluß des überlebenden parens unter sich erbten [150]. Nach dem ältern Recht [151] sowohl als dem zur Zeit der Rechtsbücher [152] wurden nämlich die Geschwister von den Eltern in der Beerbung der Geschwister ausgeschlossen; wenn nun für das verfangene Gut und zwar sowohl das vom verstorbenen herrührende als das dem überlebenden Ehegatten zustehende [153] das Gegentheil bestimmt ist, so kann das Recht der Kinder am Vermögen des verstorbenen nicht als mit Leibzucht des überlebenden Ehegatten belastetes Eigenthum der Kinder angesehen worden sein, da sonst in diesem Vermögenstheil der überlebende parens die Geschwister bei Beerbung seiner Kinder ausgeschlossen hätte. Es ist also so wenig nach Auflösung der Ehe als während derselben das unbewegliche Vermögen nach seinem Ursprung

---

149) s. Stellen bei Scheerer verworrene Lehre I. § 125. Schwarz GG. § 10. Not. 8. § 15. Note 10. 11. Wächter Pr. R. I. 204. Solche Veräußerungen waren an bestimmte Formen gebunden.

150) s. die bei Schwarz GG. S. 28 cit. Stellen. Man findet diese Bestimmung in den meisten der oben aufgeführten Statuten.

151) Vgl. Zöpfl RG. II. § 114a. Note 3. Die dort Note 2. cit. Lex Burg. bildet keine Ausnahme, da es sich in dieser Stelle um die Beerbung abgetheilter Kinder handelt.

152) Siegel Erbr § 19., wo dieß auch für den Swsp. nachgewiesen ist.

153) Für dieses ließe sich der Rechtssatz daraus erklären, daß der Anspruch eines hinwegfallenden nächsten Erben den Miterben accrescirte.

zu unterscheiden[154], und daher ganz erklärlich, daß die Quellen von diesem Güterrecht Ausdrücke gebrauchen, welche auf eine viel intensivere Vereinigung des beiderseitigen Vermögens hindeuten, als sie nach dem System der Gütereinheit gegeben ist, z. B. „wenn die „Eheleute zusammenkommen Leib an Leib, Gut an Gut" „geraft und geruht, unverscheiden und unvertheilt" „in gemein Gedaih und Verderb"[155]. Diese Vereinigung erstreckte sich nicht auf das ganze Vermögen als Einheit, sondern faßte die Immobilien und Mobilien je zu einer Masse zusammen.

Der Uebergang zu der Auffassung dieses Verhältnisses als Gemeinschaft des ganzen Vermögens lag indessen nicht so ferne, nachdem die Umgestaltung der materiellen Grundlagen eingetreten war, welche nach dem natürlichen Entwicklungsgang gar nicht ausbleiben konnte.

Wie oben gezeigt, sind Verfangenschaft und Theilrecht nicht verschiedene Institute, vielmehr ist letzteres in so ferne als eine Weiterbildung des ersteren aufzufassen, als dadurch eine Erleichterung für den überlebenden parens herbeigeführt wurde, der nun wenigstens einen Theil seines unbeweglichen Vermögens in die zweite Ehe übertragen konnte. Dabei bildete die Verfangenschaft immer eine Voraussetzung des Theilrechts, da dieses früher nie sofort mit Auflösung der Ehe eintritt, sondern in Folge eines bestimmten Ereignisses, z. B. Wiederverheirathung des überlebenden Ehegatten, oder mit einem bestimmten Zeitpunkt, z. B. Selbstständigwerden der Kinder, angesprochen werden kann, bis wohin der überlebende Ehegatte zu dem ganzen Vermögen in demselben Verhältniß bleibt wie bei Verfangenschaft. Allerdings konnte der Umstand, daß in Statuten das Theilrecht besonders präcisirt war, oder nicht[156], schon ursprünglich Veranlassung zu Verschiedenheiten in der Rechtsbildung

154) s. Schwarz GG. S. 24.

155) s. Schwarz GG. S. 18., wo noch andere ähnliche Ausdrücke.

156) Ausschließung des Theilrechts, die sich in einigen späteren Statuten findet, z. B. Möckmühl 1467. Fischer Gesch. II. 221. „und sol nit schuldig sein mit den Kindern zu theylen" habe ich in früheren Aufzeichnungen nicht gefunden.

sein, obwohl weniger durch Aufstellung des Princips der Theilung oder Unterlassung einer darauf bezüglichen Bestimmung [157], als durch Ausdehnung der Theilung auf das ganze Vermögen oder Beschränkung auf die Immobilien beider Ehegatten oder nur die des überlebenden [158]; von besonderer Wichtigkeit aber wird der Unterschied zwischen Theilrecht und Verfangenschaft seit dem 15. Jahrhundert. In dieser Zeit hatte sich durch Gewohnheit oder Gesetzgebung an den meisten Orten entschieden, ob Theilrecht gelte oder ob es ganz ausgeschlossen sei, und zwar finden wir hier auch solche Statuten auseinandergehen, welche in dem Verhältniß von Mutter- und Tochterrecht standen. So hatte z. B. Cöln seit dem 15. Jahrhundert Theilung; in Freiburg im Breisgau und den Orten, wo sich das Recht der letzteren Stadt verbreitet hatte, war sie nicht zulässig. Es war dieß aber von entscheidendem Einfluß auf die Umwälzung, welche in allen diesen Verhältnissen mit Reception des römischen Rechts eintrat.

I. Das Rechtsverhältniß, in welchem der überlebende Ehegatte bei reiner Verfangenschaft zu dem verfangenen Vermögen stand, ist schwer zu definiren. Wenn einerseits, wie schon oben gezeigt, die Meinung, dasselbe sei nach dem Ursprung des Vermögens verschieden gewesen, nicht haltbar ist, so ist andererseits auch die Auffassung, die sich schon in älteren Statuten findet [159], daß mit dem Tode des einen Ehegatten das Eigenthum der verfangnen Immobilien auf die Kinder übergehe, und der überlebende Ehegatte nur Leibzucht daran habe, nicht richtig, da mit der Leibzucht die Befugniß, die Substanz anzugreifen, nicht verbunden ist, während doch der überlebende Ehegatte im Fall echter Noth unter Einhaltung ge-

157) Auch diejenigen Statuten, welche die Theilung ausschließen, wie das eben erwähnte, sind nur dahin zu verstehen, daß der überlebende parens nicht dazu angehalten werden kann; die Erwähnung der Theilung wurde öfter in den ältern Statuten offenbar nur zufällig unterlassen.

158) Die Stadtrechte von Rüthen [oben 6. c.], Eßlingen [3. c,] und Dortmund [6. b.] repräsentiren diese Verschiedenheiten.

159) Beispiele bei Schwarz GG. S. 26.

wisser Formen das verfangene Vermögen veräußern konnte [160]. Da indessen diese Auffassung den römischgebildeten Juristen eine wenn auch unrichtige Vorstellung des Verhältnisses gewährte, so ging sie ohne Ausnahme in die wenigen Statuten über, welche die reine Verfangenschaft beibehalten haben, weshalb sich in diesen auch nicht immer die Befugniß der Veräußerung im Falle echter Noth findet [161]. In der überwiegenden Mehrzahl der Statuten aber bewirkte die Reception des römischen Rechts eine Beseitigung der reinen Verfangenschaft, und zwar scheint dieß in zwei Hauptrichtungen geschehen zu sein.

1. Man beschränkte die Verfangenschaft auf das Vermögen des verstorbenen Ehegatten, so daß der überlebende Ehegatte die freie Verfügung über sein Vermögen behielt, mit andern Worten: sein eingebrachtes Vermögen herauszog, z. B. in Frankfurt [162] und Worms [163], oder man hob die Verfangenschaft überhaupt auf, und ließ die Güter, die bisher als verfangen betrachtet worden waren, nach ihrem Ursprung zurückfallen, z. B. in dem Entwurf des hessischen Landrechts [164], der wörtlich daraus gezogenen Nassau-Catzenellenbogenschen L. O. IV. 7., im Churtrierschen Landr. VI. 3. u. a. Je nachdem sich dieß aber auf die Immobilien beschränkte oder auf das ganze Vermögen jedes Ehegatten ausdehnte, finden wir daraus die jetzige particuläre Gütergemeinschaft in ihren beiden Hauptformen als Mobiliargemeinschaft oder Errungenschaftsgemeinschaft hervorgehen [165]. Das erstere erklärt sich daraus, daß man, während

160) vgl. oben Note 149.

161) Ausdrücklich bestätigt ist diese durch spätere Statuten noch in Duisburg, Wesel und Werden, nicht aber in anderen Statuten mit Devolutionsrecht.

162) Durch die Reformation von 1509. s. Euler Frankf. Erbr. § 8. Note 9. Ich glaube nicht, daß diese eine frühere Form war, wie ich noch kurh. Pr. R. § 104. Note 10 annahm.

163) Reform 1498. V. 5. 1.

164) Vgl. oben Note 38.

165) s. die Uebersicht der betr. Statuten bei Euler in d. Zeitschr. X. § 14 — 25. Euler sieht die Hauptveranlassung zu dieser Entwicklung in der Hinterfälligkeit der ererbten Immobilien des verstorbenen Ehegatten, während die

man die Verfangenschaft an Immobilien beseitigte, das Recht des überlebenden Ehegatten an den Mobilien fortbestehen ließ[166]; das letztere ist nicht, wie Gerber § 234. annimmt, eine willkürliche Erfindung der Doctrin, sondern hatte seinen Grund darin, daß man die Wirkung der gesammten Hand zwar bezüglich des ganzen von jedem Ehegatten beigebrachten Vermögens, also auch der Mobilien, beseitigte, dieß aber nicht auf die Errungenschaft ausdehnte, die schon bisher bei unbeerbter Ehe dem überlebenden Ehegatten wenigstens zu einem quoten Theil zugefallen war[167]. Die Errungenschaftsgemeinschaft gieng gar nicht aus der Gütereinheit hervor, und ist auch ursprünglich keine Erfindung der Doctrin[168], wenn gleich in späterer Zeit an manchen Orten dieses System aus rein theoretischen Gründen neu eingeführt wurde, z. B. in Wirtemberg und Baiern.

2. Viele Statuten, welche reine Verfangenschaft ohne Theilrecht gehabt hatten, gingen auf dem Weg der durch das römische Recht geleiteten Gesetzgebung zum Theilrecht über, so **Freiburg**[169],

---

Statuten, welche den überlebenden Ehegatten bei unbeerbter Ehe allein erben ließen, zur allgemeinen Gütergemeinschaft führten. l. c. S. 28. Note 91. Dieß bestätigt sich z. B. im Frankfurter und hessischen Recht, und mag für die meisten hier einschlagenden Statuten richtig sein. Allein zum wenigsten von eben so großem Einfluß war der Umstand, daß die hier geltende reine Verfangenschaft beseitigt werden sollte.

166) Grundlos ist die Behauptung von Gerber § 234. die Mobiliargemeinschaft sei dadurch entstanden, daß man zu der Errungenschaft alles vorhandene bewegliche Vermögen „geschlagen habe." Ein solcher Entwicklungsgang läßt sich nirgends nachweisen, vielmehr ist die Mobiliargemeinschaft überall aus den Rechten hervorgegangen, welche dem überlebenden Ehegatten an dem gesammten Mobiliar zustanden.

167) s. die bei Schwarz GG. § 6 angeführten Statuten, dann Euler Frankf. Erbr. § 13. Note 15. 16.

168) Sie wurde nicht einmal überall durch ein ausdrückliches Gesetz eingeführt; in Kurhessen z. B. ist sie auf ein Gewohnheitsrecht zurückzuführen, so wie dort die Verfangenschaft durch Gewohnheitsrecht beseitigt wurde. S. mein kurhess. Privatrecht § 104. Note 31.

169) Nach der Reform. 1520. III. 3. theilt bei beerbter Ehe der Mann zu 2/3, die Frau zu 1/3 mit den Kindern; jedes erhält einen Voraus. Bei unbeerbter Ehe nimmt der überlebende Ehegatte sein Eingebrachtes, und giebt den Erben des Verstorbenen eine Quote des übrigen Vermögens heraus. Ver-

Wirtemberg[170], Bamberg[171], und verfolgten dann den unter II. ausgeführten Entwicklungsgang.

II. Leichter vertrug sich das römische Recht mit dem Theilrecht, und es kommen Fälle vor, wo dieses ohne alle Veränderung als allgemeine Gütergemeinschaft fortbestanden hat[172]. Indessen gieng es doch meistentheils nicht ohne Umgestaltung in die letztere Form über, es wurde vielmehr in den meisten Statuten die mit dem Theilrecht verbundene Verfangenschaft beseitigt. Wie oben gezeigt, verwaltete und benützte der überlebende parens beim Theilrecht das verfangene Vermögen bis zur Abtheilung wie bei der Verfangenschaft und durfte wenigstens die Immobilien, den Fall echter Noth ausgenommen, nicht einseitig veräußern. Dabei erstreckte sich die Abtheilung durchaus nicht überall auf das ganze Vermögen, sondern häufig nur auf die Immobilien, in welchem Fall die Mobilien wie beim reinen Verfangenschaftsrecht dem überlebenden Ehegatten eigenthümlich verblieben. Hierin traten nun aber folgende Veränderungen ein:

1) Die Abtheilung wurde überall auf das ganze Vermögen ausgedehnt, womit die Ueberlassung der Mobilien an den überlebenden Ehegatten weggefallen ist[173].

2) Das Verhältniß des überlebenden Ehegatten zu dem Gesammtvermögen erhielt eine vollständige Umgestaltung durch Beseitigung der Verfangenschaft, indem

a. nach der einen Classe von Statuten das Vermögen mit dem Tode eines Ehegatten sofort in Theile zerfällt, wobei der überlebende Ehegatte an dem Antheil der Kinder Nießbrauch hat[174],

---

gleicht man, dieß mit dem früheren Recht oben III. 3. a., so kann man nicht bezweifeln, daß darinn ein Uebergang zum Theilrecht lag, und nicht, wie Gerber § 231. Note 1., Gütereinheit darinn finden.

170) Hier führte die Gesetzgebung nach dem Vorgang von Freiburg für das ganze Land das Theilrecht ein. Wächter Priv. R. II. 249.

171) s. Schwarz GG. § 31.

172) s. Wächter Pr. R. I. 753. Note 4. und Fälle ebenda I. 779. 785. 787.

173) s. Schwarz GG. S. 68. 72.

174) Schwarz GG. S. 72.

b. nach der andern der überlebende Ehegatte das Gesammtvermögen bis zur Abtheilung in seiner Hand behält und die Abtheilung nach dem Stand des Vermögens zur Zeit derselben erfolgt, wobei der überlebende Ehegatte je nach den Statuten entweder über das Gesammtvermögen bis dahin einseitig verfügt[175] oder die Veräußerung wenigstens von Immobilien nur mit Einwilligung der Kinder vornehmen kann[176].

Gleichgültig ist dabei, ob man den überlebenden parens als Genossen der den Verstorbenen repräsentirenden Kinder oder als Herrn des ganzen Vermögens ansieht [Repräsentations- und Consolidationsprincip], da diese beiden angeblichen Systeme nichts als willkürliche Formulirungen eines Verhältnisses sind, dessen ursprüngliche Bedeutung man gar nicht mehr kannte, auch gar nicht mit den oben angeführten materiellen Abweichungen der Statuten zusammen fallen[177].

Diese materiellen Veränderungen sind nicht ausschließlich dem Einfluß des römischen Rechts zuzuschreiben. Zwar erschien es den römischgebildeten Juristen als ein schreiender Mißbrauch, daß Kinder aus verschiedenen Ehen ihren gemeinsamen parens nicht gleichheitlich beerben sollten[178]; allein schwerlich würden sie mit ihren an manchen Orten Widerstand[179] hervorrufenden Bestrebungen so allgemein durchgedrungen sein, wenn nicht vielseitig das Bedürfniß vorgelegen hätte, die unbequeme den Verhältnissen nicht mehr ent-

175) z. B. nach dem Recht von Würzburg, Paderborn.

176) Vgl. Schwarz G. G. S. 74. Note 14. 16.

177) Auch in solchen Statuten, die man zu dem Repräsentationssystem zählt, kommt freie Verfügung des überlebenden parens über das Gesammtvermögen vor, z. B. in Erbach und Minden.

178) So bezeichnet die Cölner Reform. 1538 oben Note 55 diesen Grundsatz als „der Milbigkeit der Rechten zuwider" und der Entwurf des hessischen Landrechts bei Geise IV. 18. §. 1 als „böser Brauch"; ebenso Churpfälz. Landr. III. 11.

179) s. z. B. von Cöln oben Note 54. Die hessischen Bauern hielten bis zum 18. Jahrhundert an der Verfangenschaft s. kurhess. Pr. R. §. 104. Note 10.

sprechende Verfangenschaft zu modificiren. Diese Richtung ergiebt sich schon aus dem häufigen Vorkommen der Einkindschaften, welche zunächst die Wirkung der Verfangenschaft der Immobilien beseitigen sollten; aber auch die Ueberlassung der Mobilien und damit nicht selten des größeren Vermögensantheils an den überlebenden Ehegatten wurde vielfältig als unbillig angesehen [180].

Dieß hatte offenbar Einfluß auf Beseitigung der früher so bestimmt hervortretenden Trennung des Mobiliar- und Immobiliarvermögens und Einführung des Theilrechts auch da wo es bisher nicht üblich gewesen war.

Diesen wichtigen und durchgreifenden Veränderungen des materiellen Inhaltes gegenüber sind die Bestrebungen, das Rechtsverhältniß zu formuliren, und als societas, Eigenthum einer juristischen Person, oder communio juris [181] zu definiren, bedeutungslos, da sie von einer Verkennung oder sagen wir lieber Unkenntniß der historischen Entwicklung ausgehen. Sie haben denselben Werth und die gleiche Berechtigung wie die Definition der Reallasten als Servituten, und so viele andere wenig gelungene Versuche, deutschrechtliche Institute, für welche das römische Recht keine Analogie bot, mit demjenigen römischrechtlichen Institut zu amalgamiren, das am wenigsten Unähnlichkeit damit hatte. Aber auch die Fiction eines Gesammteigenthums, welche viele Juristen des 17. und 18. Jahrhunderts beherrschte, ist nichts als ein Versuch, die bereits vorhandenen Verhältnisse, deren Ursprung man nicht kannte, in einen

---

180) In dem hess. Landrechtsentwurf bei Geise IV. 18. 1. ist namentlich hervorgehoben, daß durch Ueberlassung der Mobilien an den überlebenden Ehegatten die Kinder öfter ihrer natürlichen Legitima beraubt worden seien. In Landau oben Note 47. und Eßlingen oben Note 94. wurde daher Rücksicht darauf genommen, wenn die Mobiliarschaft den größeren Theil des Vermögens ausmachte.

181) Diese von Runde aufgestellte und von Gerber §. 233. angenommene Definition ist nichtssagend, da die communio ein faktisches Verhältniß ist, welchem irgend ein Rechtsverhältniß, z. B. Societät, Erbschaft, u. s. f. zu Grund liegen muß. Auch wird durch Annahme einer mit Eingehung der Ehe eintretenden communio die Gemeinsamkeit späterer Erwerbungen nicht erklärt.

völlig unklaren Begriff zusammenzufassen. Weder die Anhänger des Societätsbegriffs noch die Vertheidiger des Gesammteigenthums haben das, was wir allgemeine Gütergemeinschaft nennen, geschaffen, oder in unser Recht hineingetragen, sie haben nur durch ihre unvollkommenen Definitionen das alte Theilrecht bis zur Unkenntlichkeit entstellt. Denn was wir jetzt allgemeine Gütergemeinschaft nennen, ist nichts als das alte Theilrecht mit den Modificationen die im Laufe der Zeit in den einzelnen Statuten angebracht wurden.

Ueberblicken wir noch einmal diesen Entwicklungsgang, so erhalten wir folgendes Resultat: Zur Zeit der Reception des römischen Rechts finden wir in den nicht sächsischen Territorien für das eheliche Güterrecht zwei Classen von Statuten, die der reinen Verfangenschaft und die des Theilrechts.

Von den Statuten der reinen Verfangenschaft gingen die meisten zur particulären Gütergemeinschaft, einige zum Theilrecht über, und nur wenige sind in ihrer ursprünglichen Gestalt noch jetzt erhalten.

Aus den Statuten des Theilrechts ist die allgemeine Gütergemeinschaft hervorgegangen, indem ohne Unterscheidung zwischen Mobilien und Immobilien die Theilung überall auf das ganze Vermögen sich erstreckt. Je nach der Behandlung des gemeinsamen Vermögens kann man drei Formen dieser Classe annehmen:

a. diejenigen Statuten, welche sofort nach dem Tode des einen Ehegatten abtheilen

b. diejenigen, welche erst später abtheilen, bis dahin aber dem überlebenden Ehegatten die freie Verfügung über das Gesammtvermögen belassen

c. diejenigen, welche vor der späteren Abtheilung den überlebenden Ehegatten nur mit Einwilligung der Kinder über das Gesammtvermögen verfügen lassen.

V.

Das Ergebniß dieser Untersuchung ist auch für das jetzt geltende Recht nicht bedeutungslos. Die Meinung, daß die Gütergemeinschaft nur eine Verunstaltung der Gütereinheit und daß für

die letztere, als gemeines Recht, zu präsumiren sei, wo nicht eine ausdrückliche particularrechtliche Bestimmung entgegenstehe, scheint sich hier nnd da auch schon in der Praxis geltend zu machen [182]. Diese Meinung, welche der bisherigen Uebung in den Ländern der Gütergemeinschaft durchaus widerstreitet, hat gar keine historischen Anhaltspunkte, steht vielmehr in bestimmtem Widerspruch mit der Rechtsentwicklung dieser Länder seit dem 13. Jahrhundert, und ist daher verwerflich. Eben so wenig kann sich das hie und da auftauchende Bestreben, in den Rechtsgebieten der Gütergemeinschaft die Gütereinheit auf dem Wege der Gesetzgebung einzuführen, auf das historische Recht berufen, ein solches Verfahren hätte für die nichtsächsischen Theile Deutschlands nicht die Bedeutung einer Rückkehr zum alten, sondern der willkürlichen Aufdrängung eines ihnen fremden Güterrechtes.

Noch wichtiger sind die Ergebnisse für die Rechtsgeschichte. Bei keinem Rechtsinstitut tritt die Einseitigkeit der bisherigen Untersuchungen, welche das Recht des Mittelalters fast ausschließlich aus Rechtsquellen des ostfälischen Rechts zu construiren suchten, so grell hervor wie beim ehelichen Güterrecht. Veranlassung dazu mag vielleicht gegeben haben, daß die sächsischen Quellen in so viel größerem Umfang in critischen Ausgaben publicirt sind, als die anderer Gegenden [183]; aber dieß ist nicht die einzige Ursache, da man auch allgemein zugängliche Quellen wie den Schwabenspiegel nicht gehörig durchforscht hat [184]. Euler, dessen Verdienst um unser Recht nicht hoch genug angeschlagen werden kann, da er zuerst die weite Verbreitung des Systems der gesammten Hand in Franken und Schwaben nachwies, hat schon 1840 wiewohl vergeblich darauf auf-

182) Vgl. z. B. Rathmann einige Worte über eheliches Güterrecht. Chemnitz 1859. S. 65. und 86.

183) Das so wichtige Stadtrecht von Ulm, das Rheingauer Landrecht, der rheinische Landsbrauch, sind noch gar nicht publicirt. Das Ravensburger Statut von 1441 giebt Eben, der es veröffentlicht, nicht nach dem Originaltext, sondern in einer selbstgefertigten hochdeutschen Uebersetzung.

184) vgl. oben Note 21.

merksam gemacht, daß die Darstellung unseres mittelalterlichen Rechtes nur nach den drei Hauptstämmen, Sachsen, Franken und Schwaben, möglich sei[185]. Noch haben wir aber nicht einmal von den Rechten von Freiburg und Ulm, die Schwaben, Cöln und Aachen, die den Rhein beherrschten, einen Versuch der Bearbeitung, obwohl die Resultate für die Rechtsgeschichte sich gar nicht ermessen lassen. Die Rechtsgeschichte kann eben so wenig die genaue Erforschung des Rechtszustandes der einzelnen Landestheile entbehren, wie das Privatrecht eine gründliche Kenntniß der Particularrechte. Jedenfalls wird aber das vorstehende ein weiterer Beleg dafür sein, daß wir noch nicht in der Lage sind, das ältere Recht zu critisiren, da wir dasselbe erst kennen lernen müssen.

---

185) Frankf. Erbr. §. 14.

XIV.

Zur Lehre vom Schalttag.

Von Theodor Mommsen.

Gegen die über den römischen Schalttag von mir aufgestellte Meinung[1] hat Arndts in diesen Blättern[2] Widerspruch erhoben. Es scheint nach der Lage der Sache zweckmäßig, auf den Gegenstand zurückzukommen und zunächst die Bedeutung von bisextum, sodann den weitern Sachverhalt abermals zu untersuchen.

Bisextum, behauptet Arndts, — und es ist dies der eigentliche Ausgangs- und Kernpunkt seiner Erörterung, — heißt gar nicht Schalttag, sondern es ist das Biduum, welches im römischen Schaltjahr mit a. d. VI k. Mart. bezeichnet wird. Er stützt sich dabei hauptsächlich auf die bekannte Stelle des Ulpian[3]: Si bisexto natus est, sive priore sive posteriore die, Celsus scripsit nihil referre; nam id biduum pro uno die habetur et posterior dies kalendarum intercalatur. Ohne Zweifel legen diese Worte eine solche Auslegung nahe, wie denn schon Ideler[4] sagt: 'Nach dieser Stelle könnte man meinen, daß beide Tage zusammengenommen bisextum hießen.' — Aber nichts desto weniger

1) Römische Chronologie S. 279 f. der zweiten Ausgabe. Arndts hat nur die erste benutzen können.

2) 3, 286 fg.

3) l. 3 § 3 D. de minor. 4. 4.

4) Chronol. 2, 622.

hat derselbe Ideler an der hergebrachten Auffassung des Bisextum festgehalten, und, wie er pflegte, mit gutem Bedacht. 'Es war 'aber', fährt er fort, 'bloß der Schalttag, der diesen Namen führt. 'So heißt es beim Censorinus [5]: Dies unus — intercalatur, quod 'nunc bisextum vocatur; beim Macrobius [6]: statuit ut... unum 'intercalarent diem....idque bisextum censuit nominandum: 'beim Augustinus [7]: unum diem, quem necesse est intercalari 'excurso quadriennio, quod bisextum vocant.' Arndts führt die beiden ersten Stellen auch an — die dritte fehlt bei ihm — und meint, daß Censorinus und Macrobius mit seinem zweitägigen Bisextum sich wohl vereinigen ließen. 'Hätten sie', bemerkt er, 'den Schalt-'tag Bisextum nennen wollen, so würde Macrobius wohl gesagt ha-ben: 'eumque diem bisextum censuit nominandum, Censori-'nus: qui nunc bisextus vocatur, und dabei wäre immer noch 'das Neutrum in der Stelle des Censorinus sehr auffallend; man 'sollte eher erwarten: qui nunc bisextus vocatur.' — Dies be-ruht auf Unkenntniß des lateinischen Sprachgebrauchs. Nicht das Neutrum bisextum ist auffallend, sondern das Masculinum würde ein Sprachfehler sein. Bisextum vitans Februarii mensis tunc illucescens, sagt Ammian [8], τὸ βίσεξτον die Griechen [9]; erst vom fünften Jahrhundert an schreiben unwissende Theologen bisextus [10]. Auch hat das seinen guten Grund. Denn der $^{24}/_{25}$ Februar heißt ja nicht etwa dies sextus, sondern ante diem sextum; wollte man aus dieser Phrase ein Substantiv bilden, was an sich schon eine starke Licenz war, so konnte dies nur neutral, nicht masculinisch ausfal-len. Dieses neutrale bisextum aber zieht nach bekanntem römischen Sprachgebrauch [11] das vorhergehende Pronomen an; jeder des La-

5) 20, 10.

6) Sat. 1, 14, 6.

7) de trin. 4, 4.

8) 26, 1, 7.

9) Lydus de mens. 3, 4. 7.

10) Zuerst haben es Polemius und Isidor, s. unten. Augustinus hat annus bisextus für das jetzt gangbare annus bisextilis.

11) Reisig Vorles. § 191.

teinischen hinreichend Kundige wird also die Worte Censorins ebenso übersetzen, wie Ideler es gethan hat: 'ein Tag wird eingeschaltet, 'welcher jetzt Bisextum genannt wird', Arndts Uebersetzung aber: 'und das ist es, nämlich die durch Intercalation bewirkte Combina- 'tion von 2 × 24 Stunden, was Bisextum genannt wird', nicht mit Arndts selbst für eine incorrecte, sondern für eine ganz unglaubliche erklären. In welchem Grade diese Unglaublichkeit noch dadurch gesteigert wird, daß drei Schriftsteller gleichmäßig bei derselben Gelegenheit auf dieselbe Perversität des Denkens und Schreibens verfallen sein sollen, mag jeder selbst ermessen. Aber es giebt Stellen, die wo möglich noch entscheidender, von Arndts aber ebenso wie die des Augustinus übersehen worden sind. Polemius Silvius [12], der im J. 448 schrieb, sagt: Ob quadrantem, quod per quadriennium dies unus iunctus crescit, quarto anno, quem bisextum vocamus, inseritur; Isidorus [13]: Bisextus est post annos quattuor unus dies adiectus; crescit enim per singulos annos quarta pars assis, at ubi quarto anno assem compleverit, bisextum unum facit. Weiterhin erklärt er die Benennung davon, daß das Jahr nicht auskomme, nisi bis sexto kalendas Martias [14] computaveris, hoc est et prima die sexto kalenda, Martias et addito bis sexto, alio die sexto kalendas Martias iteraveris. Aehnliches ist vielfach bei den Byzantinern zu finden [15], deren Schultradition in einer solchen Frage doch auch ihr Gewicht hat. Indeß wir brauchen dergleichen untergeordnete Beweismittel nicht; wer auch nur die Zeugnisse der lateinischen Quellen kennt und versteht, wird die seit unvordenklicher Zeit in der Wissenschaft

12) S. 241. meiner Ausgabe.

13) Orig. 6, 17, 25. 26.

14) Sexto kal. Mart. ist als indeclinables Substantiv zu fassen.

15) τὸ βίσεξτον, heißt es in den Basiliken 2, 2, 95, μία ἡμέρα ἐστί. Dies ist die Uebersetzung eben der Stelle des Celsus, auf die Arndts sich stützt. Anderes der Art in den Wörterbüchern von Ducange und Stephanus unter δίσεξτον.

herrschende Meinung, daß bisextum der Schalttag sei, für unwiderleglich begründet erklären. — Aber auf der andern Seite ist es richtig, daß Ulpian diesen Sprachgebrauch nicht befolgt haben kann; und es fragt sich, wie diese Differenz zu lösen sei. Die Antwort liegt nicht fern. Die ältere und die eigentlich officielle Bezeichnung des Schalttags ist die, daß biduum pro uno die habetur, demnach das bürgerliche Datum a. d. VI kalendas Martias für zwei astronomische Tage gilt, also dieser bürgerliche Tag aus zwei astronomischen, einem dies prior und einem dies posterior besteht. Der älteste Schriftsteller, der diese Datirungsform erwähnt, der jüngere Celsus (Consul 129), bezeichnet sie angemessen und genau mit den Worten: cum bis sextum kalendas est [15a], d. h. wenn man zweimal schreibt: a. d. VI k. Mart.; hier wird also das Wort bisextum noch gar nicht gebraucht, sondern nur kürzer und besser gesagt, was Isidor in seiner stammelnden Rede so ausdrückt: primo die sexto kalendas Martias et alio die sexto kalendas Martias [15b]. Jene Stelle des Celsus hatte Ulpian vor Augen, als er die oben angeführten Worte schrieb: er faßt hier die beiden Tage sextum kalendas in den Gesammtausdruck bis sexto zusammen, was mit dem grammatischen Sinn der Phrase sich leidlich vertrug und im Zusammenhang deutlich, vor allem aber kurz und bequem war. Allein dem gewöhnlichen Sprachgebrauch gehört diese ulpianische Redeweise nicht an. Die Zeugnisse für diesen sind vorgelegt worden; es ist bemerkenswerth, daß die besten Gewährsmänner, namentlich Censorinus, die Bezeichnung des Schalttags durch bisextum als eine im gemeinen Leben übliche, aber nicht eigentlich schriftmäßige und gewissermaßen der Entschuldigung bedürftige vorbringen — begreiflich genug, denn die grammatisch und logisch fehlerhafte Bil-

15a) l. 98 D. de v. s. 50, 16. Das überlieferte kalendis ist falsch aufgelöste Abkürzung.

15b) Auch Lydus de mens. 3, 4. 7. leitet *βίσεξτον* noch ganz richtig ab: *λέγεται διὰ τὸ δὶς πρὸ ἓξ καλανδῶν Μαρτίων ἀριθμεῖν κατὰ τετραετίαν Ῥωμαίους*, womit sich natürlich sehr wohl verträgt, daß bloß der zweite Tag so hieß.

dung des Substantivs bisextum ward von den Gebildeten natürlich empfunden. Eben darum mochte Ulpian sich um so mehr befugt halten, das Wort in einer ungebräuchlichen, aber rationelleren Weise da zu verwenden, wo dem Zusammenhang nach ein Mißverständniß nicht entstehen konnte. Aber der Sprachgebrauch bedurfte nun einmal einer kurzen Bezeichnung für den Schalttag und er nahm sie, wo sie eben sich darbot; die Festigkeit und Allgemeinheit desselben geht aus den freilich theilweise tadelnden, aber um so zuverlässigeren Zeugnissen des Censorinus, Augustinus, Macrobius und Polemius Silvius aufs Bestimmteste hervor. — Wenn wir nun in einer africanischen Inschrift aus der zweiten Hälfte des zweiten Jahrhunderts die Worte finden: v. k. Mart. qui dies post bis VI k. fuit, so wird über die Auffassung derselben kein Zweifel sein können. Schon der Gegensatz von V. k. Mart. und bis VI k. Mart. fordert die Gleichartigkeit der beiden Zeitabschnitte; aber vor allem läßt sich hier der Phrase vernünftiger Weise nicht diejenige Bedeutung beilegen, in der ein Vulgarwort ein einziges Mal von einem gebildeten Schriftsteller gesetzt worden ist, sondern einzig diejenige, welche diesem Vulgarwort im gemeinen Leben beigelegt zu werden pflegte. Das Zeugniß der cirtensischen Inschrift ist demnach durch Arndts Ausführungen keineswegs erschüttert.

Daß das daraus entnommene Resultat, daß der römische Schalttag der 25. Febr. war, gleichfalls aus den Berichten über den Regierungsantritt des Kaisers Valentinian hervorgeht, habe ich in der zweiten Auflage meiner Chronologie hinzugefügt. Valentinian traf bei dem Heere ein am Vorabend des Schalttages; diesen ließ er verstreichen, bevor er das Diadem nahm, bisextum vitans tunc illucescens; sein Regierungsantritt fand erwiesener Maßen statt am 26. Febr. Es kann nicht deutlicher gesagt werden, daß das bisextum nur ein Tag und dessen Sonnenaufgang der des 25. Febr. war. Eben dasselbe geht endlich noch hervor aus Isidors oben angeführten Worten: prima die sexto kalendas Martias et addito bis sexto, alio die sexto kalendas Martias iteraveris, und aus der Fassung, in der die Stelle des Celsus in

den Basiliken erscheint. Jedes dieser Zeugnisse beweist abermals, was nun auch durch die cirtensische Inschrift gewiß ist, daß das bisextum der 25. Febr. ist.

Aber wären endlich alle diese Berichte über das Bisëxtum nicht vorhanden, so würde nichts desto weniger feststehen, daß von den beiden Sechstkalenden-Tagen der zweite, nicht der erste als Schalttag galt. Posterior dies intercalatur, non prior, sagt Celsus; posterior dies intercalatur, ihn ausschreibend Ulpian; ἡ ὑστέρα (ἡμέρα) ἐστὶν ἡ περίττη, lautet jene Stelle in der griechischen Uebersetzung. Hier soll die rückläufige Zählung des Kalenders helfen; ja das von Ulpian zugefügte kalendarum sogar eine Hinweisung darauf enthalten. Allein das heißt in der That sich an einen Strohhalm halten. Wer sieht denn nicht, daß kalendarum hier zugefügt ist, weil man vollständig sagen würde prior dies (eorum qui dicuntur ante diem sextum) kalendas und dieser Zusatz den Ausdruck als Datirung bezeichnen soll[16]? etwa wie wir ähnlich des

16) Nebenbei macht Arndts noch folgende Combination für seine Ansicht geltend. Bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gelte nach l. 3 § 3 cit. die Berechnung a momento ad momentum, indem das 25. Lebensjahr abgelaufen sei in dem Momente der Geburt. Nun gehöre aber, wenn jemand am 24. Febr. geboren sei und in einem Schaltjahr sein 25. Lebensjahr erfülle, die erste Hälfte des Schaltdoppeltags auf jeden Fall als Complement zu diesen 25 Lebensjahren mit, es könne also der Geburtstag nur auf die zweite Hälfte des Schaltdoppeltags fallen und so müßte dies gemeint sein, wenn Celsus sage: cum bisextum kal. est, priorem diem natalem habet. Aber man erwäge nur, wohin es führt, wenn man bei dieser sogenannten natürlichen — oder vielmehr unnatürlichen — Computation noch gar die Schaltung in Anschlag bringt, also das Lebensjahr zu 365¼ Tagen anschlägt: danach würde, wer am 1. Dec. 1840 Mittags 12 Uhr geboren ist, am 1. Dec. 1865 Nachmittags sechs Uhr 25 Jahr alt sein, da ihm ja in der Mittagsstunde noch der Vierteltag fehlt. Offenbar hat man auch hier nicht die haarscharfe mathematische Rechnung angewandt, sondern Jahr Jahr gleich gerechnet, den Schalttag aber juristisch mit dem letzten Moment des concurrirenden gemeinen Tages zusammengeworfen. Wer also am Schalttag geboren ist, ist juristisch geboren in dem letzten Augenblick des Vortags, kann also wegen jeder an seinem 26. Geburtstage vorgenommenen Handlung Restitution erhalten.

Monats' an das Datum anhängen. Allerdings haben die Römer ihre Monatstage rückläufig gezählt; aber diejenige Art rückläufiger Zeitanschauung, die ihnen hier beigemessen wird und die in verschiedenen Graden der Unklarheit vielfach bei den Neueren anzutreffen ist, ist dem Alterthum fremd. Der sechstletzte Tag der Römer — sextum kalendas — ist keineswegs der sechste — sextus — des Monats; noch in dem kürzesten und zerrüttetsten Ausdruck der Datirung bleibt die Andeutung der rückläufigen Zählung. Wer posterior dies übersetzt 'den früheren Tag', setzt damit eine sprachliche und logische Unmöglichkeit, über die er selber erschrecken würde, wenn irgend wer an dem grünen Holz unserer Muttersprache eine gleiche Unbill verübte. Es wird auch wohl seinen guten Grund haben, weshalb für diese Gattung von Rückläufigkeit bis jetzt auch nicht Ein zweites Beispiel aus der gesammten juristischen und nichtjuristischen Litteratur beigebracht worden ist.

Nach allen diesen Erwägungen kann ich nicht umhin, die Frage, ob die Römer der Kaiserzeit den 24. oder 25. Februar des Schaltjahres als bisextum oder Schalttag betrachteten, nach wie vor authentisch und unwiderleglich für den 25. Februar entschieden zu halten. Darüber allerdings läßt sich streiten, ob diese Auffassung die richtige ist. Es ist bekannt und nach Anderen kürzlich von mir ausführlich aus einander gesetzt worden, daß in Beziehung auf das vorcaesarische Schaltsystem arge Schwierigkeiten in den Quellen selbst vorliegen und es ganz unmöglich ist, alle Zeugnisse in einfachem Wege zu vereinigen. Aber die Wahrheit läßt sich, glaube ich, trotz dessen finden. Arndts ist auf diese Seite der Untersuchung, die schwierig und verwickelt ist und zum größten Theil außerhalb des eigentlichen juristischen Gebiets liegt, nur beiläufig eingegangen; es soll auch hier nur kurz angedeutet werden, daß durch seine Gegenbemerkungen der Stand der Frage mir nicht wesentlich verändert scheint. Die 'von einem obscuren Africaner herrührende Inschrift' so gar verächtlich zu behandeln, ist schwerlich wohlgethan; handelt es sich doch nicht um eine antiquarische Notiz, worin jener anonyme Berichterstatter geirrt haben könnte, sondern darum,

ob die Bezeichnung des Schalttags in der juristischen Ueberlieferung und in der durch diese bestimmten gemeinen Meinung sich an den 24. oder an den 25. Februar geknüpft, ob Celsus, der, wie man sieht, in seinen Digesten auch den vorcaesarischen Kalender behandelt hat, jenen oder diesen für den Schalttag erklärt hat. Die Datirung des africanischen Steins ist der nächste Anlaß geworden, die Stelle des Celsus von einer ihr aufgedrungenen perversen Auslegung zu befreien und ihren einfachen Sinn richtig aufzufassen; aber man verschiebt die Frage, wenn man statt seiner und wie es scheint der Rechtslehrer insgemein den 'obscuren Africaner' vorschiebt. — In ähnlicher Weise täuscht sich Arndts über die Bedeutung der livianischen Zeugnisse, deren Gewicht die kundigeren Vertreter der bisher gewöhnlichen Meinung, namentlich Ideler, ganz anders angeschlagen haben. 'Es ist 'mehrfach bezeugt', sagt Arndts, 'daß vor Caesar die Intercalation 'sehr unregelmäßig, ja willkürlich gehandhabt wurde'. Das ist in dieser Anwendung völlig falsch. Daß in dem Wechsel der gemeinen und der Schaltjahre an sich und wieder der 377- und der 378tägigen Schaltjahre von einem gewissen Zeitpunkt an die durch Volksbeschluß legalisirte Willkür der Pontifices entschied, ist bekannt; daß aber die Schaltung gelegentlich einen Tag nach dem oder den feststehenden Intercalationseinschnitten eingelegt worden sei, sagt Niemand und ist höchst unglaublich, da für ein solches Abweichen vom Herkommen weder eine Veranlassung noch irgend ein dabei zu erlangender Vortheil abzusehen und überhaupt ein derartiges Verfahren so unrömisch ist wie möglich. Wenn nach Livius 584 nach dem 24., 587 nach dem 23. Februar eingeschaltet wird, so findet Arndts darin, daß nicht vielmehr 586 geschaltet ward, einen Beweis dafür, daß hier 'jedenfalls eine Unregelmäßigkeit der Intercalation, wenn 'nicht eine Unrichtigkeit in der Angabe vorliege'. Auch hier erscheint wieder die unklare Vermengung zweier ganz verschiedener Dinge: des Wechsels von Schalt- und gemeinen Jahren und des Wechsels im Intercalationsabschnitt. Der bis zu einem gewissen Grade willkürliche Wechsel jener ist für diese Periode ohnehin gewiß genug; 585 und 586 sind unzweifelhaft zwei auf einander folgende gemeine

Jahre gewesen, ebenso wie das folgende Biennium 587. 588 aus zwei Schaltjahren bestanden hat. Aber wie folgt hieraus auch nur die Unregelmäßigkeit im Eintreten des Intercalationsabschnitts, geschweige denn dessen willkürliche Verschiebung [17]? Mir scheint also die Frage auch jetzt noch dahin zusammengefaßt werden zu müssen, daß die annalistische Ueberlieferung auf ein zwiefaches Schaltjahr von 377 oder 378 Tagen und einen entsprechenden zwiefachen Schaltabschnitt entweder nach dem 23. oder nach dem 24. Febr. hinführt, daß dem letzteren Ansatz entsprechend die Juristen der Kaiserzeit den 25. Februar als den Schalttag des cäsarischen Kalenders betrachteten, dagegen die späteren Grammatiker, wahrscheinlich irre geleitet durch eine falsch aufgefaßte Angabe Varros und durch die alte immer an die Terminalien anknüpfende Intercalationsformel [17a], vielmehr den 24. Februar als den Schalttag ihrer Zeit angesehen wissen wollten. Es ist gar nicht unmöglich, daß wenn Celsus schrieb: posterior dies intercalatur, non prior — er eben der letzteren Doctrin entgegentreten wollte. Man sieht, daß in Bezug auf den vorcaesarischen Kalender beide Parteien an sich Recht hatten und die Grammatiker nur insofern irrten, als sie das Besondere falsch generalisirten [18]. Was den caesarischen anlangt, so kam nicht viel darauf an, ob man von dem zum bürgerlichen Tag erklärten Doppeltag die erste oder die zweite Hälfte als geschaltet ansah; aber die natürliche und verständige Auffassung war offenbar die letztere, da ja die Schaltung stets rechtlich mit dem letztvorhergehenden, nicht mit dem nächstfolgenden bürgerlichen Tag zusammengeworfen worden war — Cato omnes (mensis intercalaris) dies pro momento temporis observat extremoque diei mensis Februarii attribuit Q. Mucius. Aus demselben Grunde, weßhalb Scävola den Schaltmonat dem letzten (23.

17) Vgl. hierüber meine Chronol. S. 42.

17a) Meine Chronol. S. 39 A. 46.

18) Die Auslegung, wodurch ich Censorinus von diesem Vorwurf zu befreien suchte, wird von Arndts mit Recht gemißbilligt; ich habe sie bereits selbst (Chronol. zweite Aufl. S. 22 A. 20) zurückgenommen.

oder 24.) Februar, nicht dem 1. März zugezählt hatte, mußte Celsus die zweite Hälfte des Sechstkalendenbiduum für geschaltet, also die Schaltung des 378tägigen Schaltjahrs für die von Caesar festgehaltene erklären; hätte dieser die des 377tägigen festhalten wollen, so würde er den 23. Febr., a. d. VII k. Mart., achtundvierzigstündig gemacht haben.

XV.

Zum römischen Kalender.

Von Theodor Mommsen.

Hartmann hat in seiner neuerdings erschienenen Abhandlung über die römische Gerichtsverfassung am Schluß eine Uebersicht des römischen Kalenders gegeben, wie sie aus den inschriftlich erhaltenen Jahrtafeln hervorgeht. Diese Untersuchungen berühren sich vielfach mit den in meiner Chronologie angestellten; und ich halte es angemessen in Beziehung auf die dabei entstandenen Differenzen Einiges hier zu erwiedern. Zunächst soll ein nicht ganz unwichtiges materielles Versehen berichtigt werden: es betrifft den maffeischen Kalender. Hartmann wirft mir vor, beim 2. August irrig eine Lücke in dem Stich von van Schoel angegeben zu haben; aber der Irrthum ist vielmehr auf seiner Seite. Er hat nicht gesehen, daß alles, was außerhalb der Bruchlinien steht, also bis auf wenige Buchstaben die Angabe zum 1. 2. April, 1—4. Mai, 1. 2. Juni, 1. 2. Aug., 1. 2. Sept., 4. Nov., 1—6. Dec. Ergänzung des Herausgebers sind. Es zeigt dies der Augenschein: denn die auf die fraglichen Fragmente fallenden Theile der Ueberschrift mangeln gänzlich und es klafft namentlich eine große Lücke über April bis Juni zwischen M....IAST und COM......E. Zweitens zeigt es der Inhalt: denn während sonst nirgends der Charakterbuchstab des Tages fehlt, erscheint an diesen Stellen meistentheils nur der leicht durch Ergänzung herzustellende Nundinalbuchstab und wo der Charakterbuchstabe sich

findet, ist er entweder aus schon damals bekannten Kalendern ergänzt oder notorisch falsch. Drittens giebt die zuverlässige pighische Abschrift an allen diesen Stellen Lücken, deren Bruchlinien in der Handschrift genau gezeichnet sind und wesentlich mit den van Schoelschen übereinstimmen. Viertens bezeugt schon der älteste Herausgeber Paulus Manutius, daß die Marmortafel oben beschädigt (superne fracta) sei, wie denn auch von der Ueberschrift in allen Ausgaben nur unverständliche Fragmente sich finden; und selbst bei dem Exemplar des Smetius, in dem, wahrscheinlich durch Ligorius, einige jener Lücken, übrigens in einer von der Vanschoelschen durchaus abweichenden Weise, ausgefüllt sind, wird beim Decemberanfang bemerkt: haec particula tota desideratur quemadmodum et titulus superior maiusculis scriptus, cuius tantum fragmenta quaedam supersunt. Es nimmt Wunder, wie Jemand, der sich um diese Dinge bis zu einem gewissen Grade bekümmert hat, dieses grobe Versehen sich hat zu Schulden kommen lassen und all jene Ergänzungen irgend eines Italieners des sechzehnten Jahrhunderts als baare Münze seinen Lesern hat vorführen können. Aber die gleiche Unerfahrenheit und darauf beruhende Anmaßung geht durch den ganzen epigraphisch-antiquarischen Theil der Arbeit. So kann die epigraphische Entdeckung, daß N nefastus, aber N mit einem Punkte dahinter so viel als NP sei, an sich schon nicht verfehlen, auf alle Inschriftenkenner erheiternd zu wirken; aber noch viel komischer ist folgende Betrachtung (S. 175 A. kk.): 'Das Pincianum hat '(23. Aug.) bei Smetius N, aber bei Gruter N. und willkürlich scheint 'dies letztere nicht zu sein, da gleichmäßig beide Herausgeber im 'Pincianum sonst immer nur ein N, aber niemals ein NP oder N. 'haben.' Leider hat der unübertrefflich genaue Mann übersehen, daß Gruter, seiner eigenen Angabe nach, hier lediglich den Smetius abdruckt, er sich also wegen dieses merkwürdigen Punctes einzig und allein an die Commelinische Officin zu Heidelberg zu halten hat. Weiter heißt es S. 177: 'Ein von Marquardt hervorgehobener Wi- 'derspruch zwischen dem Cumanum Mommsens und dem Amiter- 'ninum desselben Herausgebers, daß nämlich Augusts Ara der For-

'tuna redux nach ersterem am 15., nach letzterem am 16. Dec. de-'dicirt wurde, erledigt sich nach Ansicht der Abbildung bei Foggini 'dadurch, daß die betreffende Notiz des Amit. in der That noch 'zum 15. November (soll heißen December) gehört und nur in Momm-'sens Abdruck irrig so gestellt ist, daß der Leser sie auf den 16. be-'ziehen muß'. Das ist geradezu nicht wahr. Wer den Foggini auf-schlägt, kann nicht in Zweifel sein, daß die Notiz durchaus und nothwendig zum 16. gezogen werden muß; wer die römischen Kalender und überhaupt die Inschriften kennt, der weiß, daß, wo der Raum nicht reicht, das von einem Tage Ueberschießende nie den dem folgenden angehörigen Raum einnimmt, ohne daß der bekannte Krummstrich einen solchen Ueberschuß nach oben hin verweist. Wie hätte dies auch anders sein können, wenn man die Benutzer des Kalenders nicht geradezu zum Besten haben wollte? Es kann wohl sein, daß der Steinmetz den Krummstrich vergessen hat; aber es ist nicht meine Sache, die Ueberlieferung besser zu machen als sie ist, das heißt zu verfälschen, sondern sie wiederzugeben, wie ich sie finde. — Noch weniger kann ich es ungerügt hingehen lassen, daß Hartmann zuweilen in Beziehung auf die von mir mitgetheilten Lesungen sich in einer Weise äußert, die nicht bloß litterarisch beleidigt. Was soll es heißen, daß 'Mommsen in dem Bruchstücke des 'Kal. Cum. die Worte XV. K. NOVEMBR sogar wirklich gelesen ha-'ben will' (S. 177)? daß 'im Pincianum (23. Sept.) jedenfalls 'irrig F steht und nach Mommsen dieser Irrthum sich auch in dem — 'noch ungedruckten — Rossianum finden soll' (S. 176)? Es hat ein Jeder das Recht zu meinen und zu sagen, daß in meine Abschriften oder Angaben ein Versehen sich eingeschlichen haben möge; aber dieses besondere und widerwillige Mißtrauen, womit der Verfasser der 'römischen Gerichtsverfassung' alles aufnimmt, was von dem Verfasser der 'römischen Chronologie' herrührt, macht weder seinem Kopfe noch seinem Herzen Ehre. Aehnlich wird S. 56 in Bezug auf eine Stelle des Pränestinischen Kalenders gesagt: 'Wenn 'Th. Mommsen bei der Restitution dieser Nebenbemerkung nicht un-'erheblich mehr, unter Anderem nach dem CALENDA nicht nur ein

'dazu gehöriges S, sondern auch ein F.... mehr für erhalten an'giebt, als nach der Abbildung bei Foggini, welche das betreffende 'Bruchstück hinter dem CALENDA schroff (?) aufhören läßt, so wäre 'uns, falls es sich hier nicht etwa um bloße Druckfehler handelt, der 'Nachweis erwünscht gewesen, wo jenes fernere Bruchstück gefunden 'sein soll'. Die litterarische Unkunde, die in diesem Schwören auf den Foggini, in der Unbekanntschaft mit der Nybbischen Ausgabe wie in so vielen andern Dingen sich verräth, ist verzeihlich, die Abgeschmacktheit des supponirten Zweibuchstabenbruchstücks gleichgültig, die Insinuation aber so deutlich wie schändlich. Hartmann erwähnt es, daß ich mich mit einer Ausgabe der Kalender beschäftige; es kann ihm nicht entgangen sein, daß ich mehrfach die pränestinischen Tafeln nach eigner Abschrift angeführt und hie und da einige Buchstaben anders oder mehr gegeben habe als mein Vorgänger; wie wird er danach seine Andeutung, daß hier wohl eine Textverfälschung vorliegen möge, auch nur vor sich selbst entschuldigen? Ein übles Gegenstück endlich zu diesen Dingen bildet die ganze Stellung, die er wissenschaftlich gegenüber meiner 'Chronologie' einnimmt. Tadel derselben ist genug bei ihm zu finden und so wenig ich in den wesentlichen Puncten denselben begründet halte, bin ich doch weit entfernt, mich über diesen zu beschweren; bei dem völlig verschiedenen wissenschaftlichen Standpunct, auf dem wir uns befinden, namentlich Hartmanns nach meiner Ansicht specifisch unhistorischer Auffassung der ältesten römischen Verhältnisse, konnte dies nicht anders sein, und hat er hier nur seiner Individualität gemäß meine Untersuchungen als gleichgültig oder widerwärtig abgelehnt. Aber unlöblich ist es, daß, auch wo wir in Einzelfragen zusammentreffen, er in der Regel darüber schweigt. Bisher hat, so viel ich weiß, allgemein der maffeische Kalender für den ältesten gegolten; ich habe nachgewiesen (Chronol. S. 236 A. 18. 19), daß der tusculanische der älteste ist, demnächst der venusinische, auf diesen der maffeische Kalender folgt; eben dieses und aus denselben Gründen weist auch Hartmann (S. 162 fg.) nach als seinen Fund. Die Umstellung des antiatischen Bruchstücks, wie sie Hartmann S. 176 A. XX ausführlich fordert und aus-

drücklich als etwas ganz Neues bezeichnet, liegt meiner Tafel S. 232 ebenfalls zu Grund. Ich bedauere, auf dergleichen hinweisen zu müssen; es geschieht nicht um des dürftigen Prioritätsrechts willen, wegen dessen die Feder zu nehmen wahrlich der Mühe nicht lohnt, sondern weil es in diesem Falle zur Beurtheilung desjenigen litterarischen Rechts- und Ehrenpunctes mit gehört, welchen ich mich veranlaßt finde, hier öffentlich zur Sprache zu bringen.

XVI.

Ioannis Faxioli

de cognitione causarum extraordinariarum tractatus.

Unter den Schriften der mittelalterlichen Italiener über summarischen Prozeß ist bekanntlich die älteste und eine der wichtigsten der Tractat des Johannes Fagioli (Fasolus, Farolus, Fariolus, Farioli, Faziolus, Fazeolus, Facolus, Fagelus, Facellus, geb. 1223 † 1286) de causis summariis [1]. Bisher war derselbe nur in der Gestalt bekannt, welche er durch Durantis bei der Aufnahme in das Speculum erhalten hatte. Durantis lud dadurch den Vorwurf groben Plagiats auf sich: daß er ohne Nennung des wahren Autors den Tractat fast wörtlich mit einigen unwesentlichen Veränderungen und Zusätzen abgeschrieben, wurde schon von Joannes Andreä in den Additionen zum Speculum nachgewiesen [2].

Vor Kurzem hat nun der Cand. iur. E. Steffenhagen den

1) Ueber ihn und den Tractat vgl. v. Savigny, Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter. 2. Ausg. 5. Bd. § 156 S. 510 ff. und Briegleb in dem Vorwort zu der unten zu citirenden Ausgabe des Tractats p. XII sqq.

2) Ioannes Andreae in Spec. Lib. 1. Tit. de off. omn. iud. § 8.: — Hoc exportando coniunxit Guilelmus duo furta. Ponit enim in illis versiculis ad literam verba Ioannis Fazoli, illa sibi attribuens. Ioannes Fazoli allegabat Azonem, et melius, quia ad literam fuerunt haec eius verba in Summa etc.

ursprünglichen Text der in Rede stehenden Schrift des Fagioli hinter einer Königsberger Handschrift des Speculum (Königl. Bibliothek ms. 170 fol. saec. XIIII.) aufgefunden [3]. Sie beginnt gegen Ende der letzten Columne des vorletzten Blatts, nimmt das ganze letzte Blatt ein, der Schluß aber fehlt.

Bei der anerkannten Wichtigkeit des Tractats, die Briegleb bewogen hat nach der Bearbeitung des Durantis eine eigene Ausgabe zu veranstalten [4], bei der dogmengeschichtlichen Bedeutung desselben, welche erst neuerdings wieder Briegleb in seiner „Einleitung in die summarischen Prozesse" (S. 385 ff.) hervorgehoben hat, bei dem literär-historischen Interesse endlich, das die Vergleichung des Originals mit dem Plagiat bietet, haben wir geglaubt, den Urtext des Fariolus unsern Lesern nicht vorenthalten zu sollen. Dabei bemerken wir ausdrücklich, daß nicht nur das Verdienst der Auffindung, sondern auch der sehr sorgfältigen Abschrift und der Uebersetzung der Citate in unsere heutige Citirweise Herrn Steffenhagen allein gebührt.

D. Th. Muther.

Incipit tractatus de cognitione causarum extraordinariarum compositus a domino Iohanne facell. pisano legum doctore.

Quoniam tractatus causarum, quae dicuntur in iure ciuili summatim cognosci debere, siue in eis extra ordinem debere procedi, est cotidianus et utilis et apud plures incognitus, et uidi saepius dubitare peritos et errare quam plurimos, immo et uiam agendi et prosequendi in faciendis probationibus super ipsis, quia non fuit plene tractatum super

3) Vgl. E. Steffenhagen, Beiträge zu v. Savigny's Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter. Königsberg 1859. S. 28.

4) Ioannis Faxioli et Bartoli de Saxoferrato de summaria cognitione commentarii. Erlang. 1843. 8.

eis a praedecessoribus nostris, immo praefata materia ut dubia uel etiam quadam obliuione fuit ab eis obmissa: ideo ego Iohannes facellus pisanus ad instantiam quorumdam sociorum meorum et specialiter prudentissimi domini Iustini de ciuitate castelli quaedam, quae putaui utilia scolaribus, causidicis atque iudicibus, super hiisdem scribere procuraui: et in quibus plena, et in quibus plenissima causae cognitio exigatur, et in quibus summatim, et in quibus extra ordinem, et numquid summariae ab extraordinariis differant, et in quibus postremo in summariis procedendo, et quid sit ordo causarum, quid efficiatur tam in sui principio, medio atque fine, quaerendo imprimis, numquid offeratur libellus, et litis contestatio exigatur, et numquid appelletur ab eis.

Est igitur imprimis sciendum, quod in criminalibus plenissima exigitur causae cognitio [1], et hoc est, quod dici consueuit, quod in criminalibus debent esse probationes luce clariores [2] et est ratio, quia ubi de hominis salute testatur, diligentior examinatio postulatur [3]; nam ubi maius periculum, ibi maius remedium est adhibendum [4]. Et erit ista plene causa [a] cognitio tamen in offerendo libellum, quia neminem sine libello admittet [5], nisi quia fallit in quibusdam casibus, quos obmitto, quos no*ta* in aut. de exi. et intro. re. § sancimus igitur [6] et qui accusare non possunt l. qui crimen [7]. // Item in solempnitatibus iudiciorum servandis [8]; inaudita enim causa neminem condempnare ratio pa-

1) ut c. 22 de falsis 9, 22.
2) ut c. 25 de probationibus 4, 19.
3) ut c. 29 de appell. 7, 62 et c. 16 de poenis 9, 47.
4) ut fr. 1 pr. ad Turpill. 48, 16.
a) Statt plene causa ist jedenfalls plenissima zu lesen.
5) ut fr. 3 de accusationibus 48, 2.
6) Nov. 53 cap. 3 § 1.
7) c. 3 qui accus. non poss. 9, 1.
8) ut c. 4, 6 de accus. 9, 2.

titur aequitatis[9]. // Item est plenissima in dilationibus exibendis, quia maiores quam in ciuilibus conceduntur[10], et in probationibus faciendis, et ideo dicitur, quod debent esse luce clariores[11]. // Item in ferenda sententia[12]. // Item post sententiam reo condempnato ad suscipiendum quilibet etiam inuito appellans admittitur[13], et adeo plenissima postulatur, quod quidam dixerunt, quod non admittantur in hiis testes, quorum fit mentio ff. de testi. l. IIIJ in prin.[14] ex eo, quod in praefata l. sciant[15] dicitur testibus ydoneis et apertissimis documentis, et eadem ratione dixerunt, quod inopia probationum emergente iureiurando res minime decidatur[16]. // In ciuilibus autem causis plene exigitur causae cognitio regulariter[17], et erit plena tam in libello, citationibus, litis contestatione, probationibus, dilationibus et ipsa probatione sententiae et in solempnitatibus obseruandis de libello et litis contestatione, sicut habes in aut. offeratur[18], nisi quia ut superior fallit in hoc, ubi si lites sunt breues et maxime causarum uilium, non offertur libellus ut in aut. de manda. prin. § sit tibi quoque studium[19]. // Tertium[b] et in aliis, quaeque habes C. de sententiis ex peri. re.[20] in aut. ibidem posita et in alia, C. de naufra. l. de subm. li. X.[21], de dilationi-

9) ut fr. 1 pr. de requir. v. abs. damnandis 48. 17.

10) ut fr. 10 de feriis 2, 12.

11) ut c. 25 de probationibus 4, 19.

12) ut c. 16 de poenis 9, 47.

13) ut fr. 6 de appell. 49, 1.

14) Es ist fr. 3 pr. de testibus 22, 5.

15) S. o. Note 2.

16) ut ar. fr. 23 quod metus causa 4, 2 et fr. 3 § 1 de minor. 4, 4 et c. 3 de reb. cred. 4, 1.

17) ut c. 9 de iudiciis 3, 1.

18) C. de litis contestatione 3, 9.

19) Nov. 37 cap. 3 (Coll. 3 tit. 4 cap. 3).

b) Der Abschreiber fängt hier mit „tertium", was noch zu den Anfangsworten des vorhergehenden Citats gehört, einen neuen Abschnitt an.

20) C. 7, 44.

21) c. 5 de naufragiis 11, 5.

bus testium habetis in aut. de testi. §. quia uero[22] et inst. testium instrumentorum[23] et C. de dilat. l. 1[24] et ff. de fer. l. oratione et l. ult.[25] et in aut. iubemus posita super dictam l. iudices[26]. // De citationibus et aliis habetis ff. de iudic. l. ad peremptorium[27] cum *legibus* sequentibus et C. c. l. properandum[28] et C. quomodo et quando iu. l. ea et l. fi. et l. consentaneum[29] et C. de sententiis l. prolatam[30] et omnia, quae supra in criminalibus dixi; iam opportet iudicantem ruminari[31], nec est praecipitanda sententia[32]. // Dominus autem azo notat, in hac plena causae cognitione VII experiri debere, alia sententia nullius esse momenti. // Inprimis libelli datio. // Cautionis expositio. // litis contestatio. // Iuramenti calump*niae* praestatio, ad faciendas et inducendas probationes dilatio. // Causae cum crebris interrogationibus examinatio. // sententiae in scriptis pronumptiatio. // Et executio, ut in summa de mandat. uidi io. enim dixi*t*, nisi plena adhibetur causae cognitio, poterit nulla dici sententia tamquam iuris ordine non seruato[33]. // Praedictis omnibus uidetur contrarium, quia non uidetur danda dilatio aliqua[34] et cum celeritate et non cum deliberatione procedi[35] et sine aliqua mora uel dila-

22) Nov. 90 cap. 4 (Coll. 7 tit. 2 cap. 4).

23) Offenbar hat dies der Abschreiber für ein Citat aus den Inst. gehalten. Statt dessen ist jedenfalls, wie im Speculum zu lesen: mixt. (mixtim) testium et instrumentorum.

24) c. 1 de dilat. 3, 11.

25) fr. 7, 10 de feriis 2, 12.

26) c. 9 de iudiciis 3, 1.

27) fr. 68 de iudiciis 5, 1.

28) c. 13 de iudiciis 3, 1.

29) c. 7, 11, 8 quomodo et quando iudex 7, 43.

30) c. 4 de sententiis 7, 45.

31) ut c. ult. de sent. ex per. rec. 7, 44.

32) ut c. 2 eod.

33) ut c. 4 de sententiis 7, 45.

34) ut fr. 41 de adult. 48, 5.

35) ut fr. 1 de damno infecto 39, 2.

tione[36]. // Sed ad hoc respondeo, quia licet breue spatium sit statutum, non tamen debet praecipitare sententiam, sed causa cognita proferre[37]. // Haec ego Iohannes sum diligentius prosecutus, quia per hoc facilius cognoscetur, quae sit semiplena siue plena siue summaria, facillime cognoscetur quia contrariorum 2c.[38]. // Uiso ergo, in quibus fiat plenissima et in quibus fiat plena causae cognitio siue dissensio, est uidendum, in quibus semiplena siue summaria; nam regulariter traduntur praefata, unum fallit sicut quaelibet alia regula[39], quoniam in casibus plenissima summaria celebratur. // Imprimis cum agitur ad exibendum, quia quaeritur an intersit[40], et ibi no*ta* ac*cursium.* // Item cum filius petit alimenta a patre, quaeritur an sit filius[41], et cum filius petit ex carbo*niano* bo*norum* possessionem, si negetur an sit filius[42]. // Uel mulier uentris nomine petit in possessionem se mitti[43]. // Uel actor in reali uel personali reo absente petit se in possessionem induci[44]. // Uel si legatarius petat pro legato satis dari, et quaeritur an sit legatum relictum[45]. // Et cum capiuntur pignora ex causa iudicati, et quaeritur an sint condempnati[46], et haec communiter uocantur per doctores nostros. // Possumus et plures alias addere, puta si libertas ex testamento petatur et speretur moueri quaestio, iudex summatim cognoscet, utrum bona fide speretur mo-

---

36) ut C. de episc. et cleric. 1, 3 aut. clericus et fr. 2, 3 de feriis 2 12.
37) ar. c. 35 de inoff. test. 3, 28.
38) ut fr. 1 de his qui sui vel alieni iur. 1, 6.
39) ut fr. 1, 202 de R. I.
40) ut fr. 3 § 9 ad exhibendum 10, 4.
41) ut fr. 5 § 8 de agnosc. et al. lib. 25, 3.
42) ut fr. 3 § 8 de Carboniano edicto 37, 10.
43) ut fr. 1 § 14 de ventre in poss. mitt. 37, 9.
44) ut c. 2 ubi in rem actio 3, 19 et Nov. 53 cap. 4 (Coll. 5 tit. 6 cap. 4) et c. 1 quorum app. non rec. 7, 65.
45) ut fr. 3 ut in possessione legatorum 36, 4.
46) ut fr. 15 § 4 de re iudicata 42, 1.

ueri[47]. //Item si petatur caueri et dicatur per calumpniam fieri, summatim super hoc cognoscitur[48]. //Uel si testes uelint ante litis contestationem produci, quia dicant eos senex uel ualetudinarii siue affuturi[49], et interrogationes aliquae fieri debent, aliquae non[50]. //Idem potest dici in casu[51]. In quibus forte possunt numerari omnes quaestiones incidentes et etiam emergentes, dum tamen sint tales, quae reuocata per diffinitiuam sententiam reuocentur et ipsae et ita non penitus praeiudicium afferunt, quin per aliquam ordinariam uel extraordinariam reseruetur uiam regressus condempnato; alias simpliciter diffiniretur negotium uel ad eas nullus reseruetur regressus, tunc plene dico procedi, ut in interlocutoria distinguere consueuimus, uidelicet an sit talis, quae reuocetur per diffinitiuam, quo casu non appellatur ab ea. Si uero non reuocetur, tunc appellatur[52], quod non puto indistincte uerum. //Quid enim si incidat quaestio falsi et dicatur instrumentum falsum? certe tunc plene probabitur[53]. //Item quid si apponatur actori, an sit seruus uel monacus uel excommunicatus uel similes et duae quaestiones incidant uel emergant, nonne plene docebit eas opponens? Respondeo per praedictam l. de ordi. iu. l. 1[54] et de iudic. l. quoties[55] et ad legem co. de fal. l. falsi[56]. //Si autem fierent aliquae positiones in causa et opponeretur non esse recipiendas, uel quia non faciunt ad causam[57], uel alia ra-

---

47) ut fr. 7 § 1 de hereditatis pet. 5, 3.
48) ut fr. 1 § 9 de stip. praet. 46, 5.
49) ut fr. 40 ad l. Aquil. 9, 2.
50) ut fr. 9 § 6 de interrog. 11, 1.
51) ut fr. 3 § 1 de minoribus 4, 4.
52) ut fr. 2 de app. recip. 49, 5 et fr. 9 qui satisdare cog. 2, 8.
53) ut c. 22 ad l. Corn. de falsis 9, 22.
54) c. 1 de ord. iudicior. 3, 8.
55) c. 3 de iudiciis 3, 1.
56) c. 3 ad leg. Corn. de falsis 9, 22.
57) ut c. 21 de probationibus 4, 19.

tione, et sic si talis emergeret quaestio, tunc forte posset habere locum quod dicunt et summatim procedetur [58]. // Uel si dicetur testis esse inimicus uel consanguineus uel uilis siue infamis et sic non est admictendus, summaria et semiplena probatione habita posset ei qo testimonii recipi tempus disputationes si non ante has quaestiones finitas [59]. // Et idem dicerem in omnibus similibus leuibus, quae si admictantur uel non, nichilominus de facili integra defensionis uel repugnationis uia reseruatur, ut in interrogationibus modo uidisti, quas melius est quandoque friuolis et superfluis recipi, quam una necessaria respui [60]. // Idem de testibus et de aliis, ut supra plene probaui praedicta et etiam probantur ex eo, quod alias consueuit distingui. // An super incidenti quaestione cognoscatur, et tunc sententia lata in principali in incidenti praeiudicat ut C. de ord. cogn. l. IJ [61] et de fal. l. ubi [62] ad summam tituli [c] et tunc non praeiudicat ut ff. de re iu. l. a diuo Pio § si super rebus [63] et ut uides in filio alimenta petente a patre, a quo patre dampnato nichilominus potest dicere, non esse suum filium [64], et etiam in carboniano, nam misso filio in possessione nichilominus potest contra eum procedi [65], et in accione ad exibendum et in similibus summariis supra notatis, et tunc dixerunt quidam ut lex dicit extra ordinem agi [66], uel ubi lex dicit de plano aliquid debere cognosci ut

---

58) ut fr. 9 § 6 de interrog. 11, 1.
59) ut Nov. 90 cap. 6 (Coll. 7 tit. 2 cap. 6).
60) ut fr. 21 de interrog. 11, 1 et ar. fr. 1 de inspic ventre 25, 4.
61) c. 2 de ord. cogn. 7, 19.
62) c. 22 ad leg. Corn. de falsis 9, 22.
c) Diese Worte hat der Abschreiber offenbar noch für Anfangsworte des vorhergehenden Citats gehalten. Statt dessen ist ohne Zweifel, wie im Speculum, zu lesen „an summatim.“
63) fr. 15 § 4 de re iudicata 42, 1.
64) ut fr. 5 § 9 de agnosc. et al. lib. 25, 3.
65) ut c. 2 de Carbon. edicto 6, 17 et fr. 3 § 4 de Carbon. edicto 37, 10.
66) ut fr. 12 de religiosis 11, 7.

in leuibus criminibus [67]. //Et intelligunt de plano i. e. sine magna dilatione siue summatim. //Hoc non placet, quia de plano intelligo i. e. sine scriptura siue sine libello et est ar. ad hoc ff. de constit. princ. l. 1 [68]. //Uel dic de plano non pro tribunali uel in figura solempnis iudicii, sedendo in iudicio praetorio, ubi ius reddere consueuit, sed alibi non seruando formam iudiciorum scriptam [69]; non autem summatim proceditur, i. e. quod semiplena probatio sufficiat, ut in summariis dicam iam. //Praeterea nec illud uerum puto, quod in extraordinariis procedatur summatim i. e. semiplene, ut quidam dicere uoluerunt per ff. de relig. et sum. fu. l. si quis sepulcrum [70], nec forte in hiis extraordinariis ista solempnitas iudiciorum seruatur, ut in aliis ordinariis causis. //Quare circa tria genera causarum distingue. //Quia quaedam dicuntur summariae, in quibus summatim proceditur et semiplena probatio sufficit, de quibus iam plenius dicam, et quae sint istae plenae, superius explicaui in § uiso igitur. //Secundum genus dicuntur extraordinariae [71], et idem dico in similibus, ubicunque iudex suo procedit mero officio constringendo aliquem ad aliquid faciendum [72]. //Et puto idem in omnibus criminalibus, ubi sine accusatore proceditur, quos habes no*tatos* ff. ad legem iul. de adul. l. IJ § si publico [73]. //Nam istas appello extraordinarias, quia in eis non puto

67) ut fr. 6 de accus. 48, 2 et fr. 9 § 3 de off. procons. 1, 16 et fr. 1 § 10 de off. praefecti urbi 1, 12 et fr. 18 § 10 de quaest. 48, 18 et fr. 11 § 6 ad leg. Iul. de adult. 48, 5 et fr. 2 § 1 quis ordo in poss. 38, 15.

68) fr. 1 de const. prin. 1, 4.

69) ut probatur fr. 11 § 6 ad leg. Iul. de adult. 48, 5 et fr. 2 § 1 quis ordo in bon. poss. 38· 15.

70) fr. 12 de relig. 11, 7.

71) ut fr. 12 de relig. 11, 7.

72) ut fr. 13 de officio praesidis 1, 18 et Nov. 128 cap. 4 (Coll. 9 tit. 14 cap. 4) et fr. 3 ne vis fiat 43, 4 et fr. 1 § 2 si ventris nomine mulier in poss. 25 5.

73) fr. 2 § 5 ad leg. Iul. de adult. 48, 5.

offerri libellum, ut supra in principio no*taui*, et aliquid forte de solempnitatibus iudicii relaxantur, ut ex dictis patet. //Item quia extraordinaria dicuntur et sic sine ordine, et sine eo non ualet quod agitur [74] et aliae solempnitates, quas no*taui* in tractatu ciuilium causarum; non tamen dicuntur extraordinariae, quod plena non exigatur in eis probatio, immo plena exigitur; nam in omni causa ciuili et criminali actore non probante et est ut C. de eden. l. qui accusare [75] et de probat. l. actor [76] et ff. de poenis l. absentem [77]; conuictum enim uel confessum non solummodo [78] et quia isti casus non inueniuntur excepti alii in illa regula [79]. //Item probantur praedicta per l. C. de ep. et cleri. aut. clericus quoque [80] et de adulteriis l. in adulterii [81], quamquam illae causae citius decidantur plena tamen adhibita cognitione. Quae probatio exigatur, est planum, quia semiplena et in criminalibus plenissima, ut supra probaui, ad minus per duos testes, quia ubi numero testium non addicitur, duo sufficiunt [82] // uel instrumentis [83] // uel praesumptionibus siue indiciis indubitatis [84] // uel confessionibus [85] uel aliis modis [86]. //Tertium genus est, quia quidam de plano dicuntur cognosci debere i. e. sine libello quidam dixerunt, uel quod uerius puto i. e. non sedente iudice pro tribunali; nam diebus feriatis hoc potest [87]

---

74) ut C. de litis contestatione 3, 9 aut. offeratur.
75) c. 4 de edendo 2, 1.
76) c. 23 de probationibus 4, 19.
77) fr. 5 de poenis 48. 19.
78) ut c. 16 de poenis 9, 47 et c. 2 quorum app. non rec. 7, 65.
79) ut c. 9 de iudiciis 3, 1.
80) C. de episc. et cler. 1, 3 aut. clericus.
81) c. 32 ad leg. Iul. de adult. 9, 9.
82) ut fr. 12 de testibus 22, 5.
83) ut c. 15 de fide instrum. 4, 21.
84) ut c. 25 de probat. 4, 19.
85) ut fr. 1 de confessis 42, 2
86) ut C. et ff. de probat.
87) ut fr. 11 § 6 ad leg. Iul. de adult. 48, 5.

et in domo potest cognoscere uel alibi quam in tribunali iudicio, ut caute colligitur [88]; libellus tamen offeratur, ut probatur per praeall. legem miles § sexaginta [89], et probationes plenae, non semiplenae, ut dixi per omnia proxime in secundo genere, istae dicuntur scilicet in primo et idem dixerunt. // Ex praemissis igitur liquet, qui differunt summariae ab extraordinariis et econtra ab illis, quae de plano cognoscuntur, in quibus nec est unum, nec reliquum, quia in summariis plena probatio fit, in aliquibus in quibusdam non offertur, ut iam dicam; scilicet in extraordinaria plena non datur libellus, in hiis, quae de plano tractantur, et plena probatio non tamen iudice sedente pro tribunali; in hoc tamen omnes conueniunt, et quia summariae et omnes praefatas possunt extraordinariae appellari, quia in qualibet earum aliquid de ordine siue solempnitate iudiciorum obmictunt; haec dixi, quia quidam imperiti siue ignari omnes praefatas extraordinarias appellabant et econtra nullam in eis differentiam facientes. // Hiis uisis uideamus, numquid in summariis offeratur libellus. Respondeo: hoc iure cautum non inuenitur, olim tamen in ciuilibus necessarius non erat [90], nisi in casu ut C. de digni. l. quoties [91]. // In criminalibus olim erat necessarius et hodie [92]. // Hodie autem et in omni causa offertur [93], nisi in casibus ut in aut. de exi. et intro. re. § sancimus igitur [94] et supra in principio dixi. // Cum igitur hii casus non excipiantur a regula, stabimus generalitati [95];

---

88) fr. 2 § 1 quis ordo in poss. serv. 38, 25 et fr. 4 § 9 de damno infecto 39, 2.

89) fr. 11 § 6 ad leg. Iul. de adult. 48, 5.

90) ut fr. 1 de edendo 2, 13.

91) c. 17 de dignit. 12, 1.

92) ut fr. 3 de accusat. 48, 2.

93) ut C. de litis cont. 3, 9 aut. offeratur.

94) Nov. 53 cap. 3 § 1 (Coll. 5 tit. 6 cap. 3 § 1).

95) ut fr. 1 § 1 de leg. praest. 37, 5 et fr. 23 de servit. praed. urb. 8, 2.

ita enim si uoluisset dixisset[96]; quod enim non mutatur, quare stare et cetera[97]. //Uel dicatis, si in praedictis summariis competat accio et inter acciones ponatur, ut est actio ad exibendum, uel si qua competat alia, tunc pro constanti offeratur libellus; nam cum competit actio, est in libello edenda[98]. // Fallit in actione in factum siue iudicati, quae ex sententia oritur[99], super qua tres sententiae feruntur, prima aequa praeceptoris mei Ben*edicti*, qui dixit non offerendum in eo, cum secundum eum sit alterius naturae quam ceterae, quia summatim et sine magna disceptatione executioni mandatur, cum haec accio pacta sint pca[100], in qua nil debet aliud iudex inspicere, nisi an sit iudicatum[101]. // Secunda fuit sententia domini Alberti pa*piensis*, qui dixit super ea dando libellum ratione praefata; nam cum sit actio ut dictum, est ergo in libello edenda[102], nec iste casus inuenitur a iure exceptus. //Praeterea appellatur a lege accio iudicati[103], ergo eiusdem naturae ut ceterae esse debet quantum ad executionem[104]. Istud praeterea est expressum ff. de pet. her. l. item ueniunt § cum praediximus[105]. //Cui opponitur, quia si ita ordinario iudicio procedatur et fiet litis contestatio et feratur sententia, et sic poterit appellari, cum non sit prohibitum[106], et sic res-ibit in infinitum, quod

96) ut c. un. § 15 de cad. toll. 6, 51.

97) ut c. 27 de testamentis 6, 23 et c. 32 in fi. de appellat 7, 62.

98) ut fr. 1 de edendo 2, 13 et c. 3 de edendo 2, 1 et C. de litis cont. 3, 9 aut. offeratur.

99) ut c. 8 de reb. cred. 4, 1.

100) ut fr. 40 de minoribus 4, 4 et c. 2 de execut. rei iud. 7, 53 et fr. 4 § 4 de re iud. 42, 1.

101) ut fr. 75 de iudiciis 5, 1.

102) ut fr. 1 de edendo 2, 13 et c. 3 de edendo 2, 1 et C. dc litis cont. 3, 9 aut. offeratur.

103) ut fr. 6 § 1 de re iud. 42, 1 et c. 4 si ex falsis instr. 7, 58.

104) ut fr. 28 de procurat. 3, 3.

105) fr. 20 § 4 de her. pet. 5, 3.

106) ut c. 20 de appell. 7, 62.

esse non debet[107] et iam lix ex primae litis materia oriretur[108]. // Ad quod respondebat non esse uerum, immo summatim procedebat[109] et sic intelligebat l. de min. l. minor.[110], nec appellabatur, cum executio fieret, quia ab executione non appellatur[111]. // Tertia fuit domini M. fanensis, qui dixit officium executionis fieri, cum in facto consistat[112] quasi per totum, et summaria adhibetur cognitio, cum de pignore litigetur[113], et uno iudicis si executoris debet partes assumere[114]. // Si enim ut actio proponeretur, iam procederetur in formam iudicii et desineret executor[115] i. e. speciem futurae litis et cetera et in aut. qui semel[116] et l. cum expressa, quae dicit iudicis officio fieri[117], et quod fit aliud executio quam actio patet[118]. // Item si tu quaeras, quomodo in facto consistat executio, patet quia ab ea non appellatur, ut est supra dictum, quia capit pignora et postea distulit i. e. iubet[119], et sicut uidetur secundum hoc et eius sententiam, quod nec actio proponatur, nec fiat litis contestatio, quia lix ex primae litis materia oriretur[120], et quamquam ipse non dicat aliquid de libellis. // Sed ipsius oppinionem dicam non offerendo libellum; nam secundum eum cum executio in facto non iure accusationis sed iudicis explica-

107) ut fr. 13 in fi. de damno inf. 39, 2.
108) ut c. 3 de fructibus 7, 51.
109) ut in C. de bonis poss. 7, 72 aut. et qui et fr. 15 § 4 de re iud. 42, 1.
110) fr. 40 de minoribus 4, 4.
111) ut c. 5 quorum appell. non recip. 7, 65.
112) ut fr. 15 de re iud. 42, 1.
113) ut fr. 15 § 4 eod.
114) ut c. 6 de execut. rei iud. 7, 53.
115) ut c. 3 de edendo 2, 1.
116) C. quomodo et quando iudex 7, 43 aut. qui semel.
117) ut fr. 68 de rei vind. 6, 1.
118) ut c. 4 si contra ius vel util. publ. 1, 22.
119) ut c. 2 et 9 de execut. rei iud. 7, 53.
120) ut c. 3 de fructibus et lit. expens. 7, 51.

tur officio et ipso facto aliquid fieri petatur, non exiguam tunc oblationem libelli, ad quod est optime ff. ne uix fi. ei qui in poss. mi. est l. si quis missus circa prin.[121]. //Si autem opponas, quid operetur accio in factum, quae ex sententia oritur, uel etiam iudicati, ad hoc respondebat, quia per eam peterentur usurae centesimae et etiam sors si aceio habeat uiam eligeret[122]. //Et sic patet, quod sint duae uiae, una summaria ex officio iudicis scilicet executio, alia ordinaria et inter actiones scilicet agere iudi*cati* uel in factum ut patet[123]. //Uidimus ergo, si aliquid iure actionis petatur in summariis sententiis, numquid offeratur libellus et quid iuris obtineat; est igitur uidendum, si fiat aliquid uel petatur officio iudicis, numquid offeratur libellus. Dominus azo no*tat* ff. de interrog. acc. super Rubrica uel super prin. quod quoties iudicis officio postulatur, quod ibi non sit dandus libellus et interrogationes non iure accionis, sed iudicis officio fient[124] et summatim[125], et ideo secundum eum non dabuntur iure actionis. Super accione consueuit formari libellus, sed iudicis officium non est actio; nam et restitutio in integrum petitur iudicis officio, tamen actio non est[126], et quamquam ipse non alleget iura multa, tamen possumus allegare[127]. //Ego puto aliter distinguendum, quia aut iudicis officium principaliter intentatur et loco deficientis accionis et aliquid dari uel fieri ab aduersario petitur, ut puta a

121) fr. 3 pr. ne vis fiat 43, 4 et fr. 12 de religiosis 11, 7 et fr. 9 § 3 de off. procons. 1, 16 et fr. 5 § 20 de operis novi nunt. 39, 1 et fr. 1 § 2 si ventris nomine 25, 5.

122) ut c. 3 de usuris rei iud. 7, 54 et c. 1 si plures una sent. 7, 55.

123) fr. 75 in fi. de iudiciis 5, 1.

124) ut fr. 1 de interrog. 11, 1.

125) ut fr. 9 § 6 eod.

126) ut fr. 24 § 5 de minoribus 4, 4.

127) ut fr. 25 de excusat. 27, 1 et fr. 9 § 3 de off. procons. 1, 16 et fr. 12 pr. de relig. 11, 7 et fr. 1 § 2 si ventris nomine 25, 5 et fr. 5 § 10 de operis novi nunt. 39, 1.

patre filius petit alimenta et sic in aliis similibus, quo casu libellus offeretur et litis contestatio fiet, alias tamen celebrantur summariae [128]; sic enim est in restitutione in integrum, quae postulatur iudicis officio [129]. // Aut petitur dari uel fieri ex solo et ex mero officio eius et ex liberalitate eius officii, ut puta dari aduocatum non habenti [130], uel ut iubeat exiberi obsequium parentibus et patronis, comminari et terrere filium a patre oblatum uel similia [131], et tunc dico non esse dandum libellum et ita intelligo, quod dixit dominus azo per l. ff. de inter. act. l. 1 § fi. Et ad hoc bene faciunt praedicta V iura per me modo proxime allegata i. e. in fine § uidimus et cetera [d] et ff. de rei uin. l. officium in prin. [132]. // Uel distingue latius et plenius, quia aut postulatur a solo iudice ex mero officio et liberalitate eius officii, et tunc obtinet, quod nunc proxime dixi scilicet non esse dandum libellum, et idem in illis XI interrogationibus, quae fiunt ante litis contestationem [133], et in dicta decima generali, de qua dicitur in e. t. l. ubicunque [134]. // Aut aliquid petitur ab aduersario dari uel in factum rescindi et super hoc iudicis imploratur officium, et tunc subdistingue, quoniam refert, an illud officium intentatur in modum agendi an in modum excipiendi uel replicandi. // An quod deseruiat actioni principaliter intentatae. // Primo casu, cum non intentatur et etiam non in modum agendi, puta quia minor petit in integrum restitui uel filius alimenta a patre, tunc enim dandus est li-

---

128) ut fr. 5 § 8 de agnosc. et alend. lib. 25, 3.

129) ut fr. 24 § 5 de minoribus 4, 4 et fr. 37 de obl. et act. 44, 7 et expresse dicitur Extra de off. iud. 1, 32 cap. 2.

130) ut fr. 1 § 4 de postul. 3, 1.

131) ut habetis fr. 9 § 3 de off. procons. 1, 16 et fr. 1 § 10 de off. praef. urbi 1, 12.

d) s. o. Note 127.

132) fr. 9 de rei vind. 6, 1.

133) ut fr. 1 de interrog. 11, 1.

134) fr. 21 eod.

bellus, quia actionis loco habetur[135]. //Si autem in modum exceptionis sicut est ff. de inof. te. l. pap. § si filius[136] et ff. de min. l. minor § fi.[137] et ex quibus ca. l. nec non § fi.[138], tunc non est dandus libellus. // Si autem in modum replicationis[139], nec tunc est dandus libellus, quia hiis duobus casibus loco non intenditur actionis. // Si autem intentatur, quod seruiat actioni principaliter intentatae[140], nec tunc est dandus libellus, quia ad officium iudicis pertinet illud explicare et sine libello, cum post litis contestationem acciderint[141]. // In omnibus supra scriptis, ubi aliquid petitur in modum agendi et ubi dixi, non est dandus libellus, non tamen putarem assonum [sic], si aliqua in scriptis offeratur petitio, ut possit constare de persona, quae petit, de causa petendi, denique quantitate, quae petitur, quod est necessarium[142]. // Secundum petitionem condempnatio fieri debet[143], et petitio posset fieri dubia per negligentiam alterius, nec forte iudici creditur de tali processu[144] et maxime cum iudicet et curet certam sententiam ferendam[145], quae fieri non commode possent, nisi de petitione constaret ut diximus. // Sed modo est uidendum, numquid in hiis summariis litis contestatio fiat, et sic dico in omnibus, in quibus aliquid iure

135) ut fr. 37 de obl. et act. 44, 7 et Extra de off. jud. 1, 32 cap. 2.

136) fr. 8 § 13 de inoff. test. 5, 2.

137) fr. 24 § 5 de minoribus 4, 4.

138) fr. 28 § 6 ex quib. caus. maiores 4, 6.

139) sicut fr. 12 de minoribus 4, 4 et fr. 9 § 4 iureiur. 12, 2.

140) sicut est c. 4 depositi 4, 34.

141) ut fr. 25 § 8 de aed. ed. 21, 1 et fr. 6 § 6 de aq. et aq. pluv. arc. 39, 3.

142) ut fr. 14 de iure cod. 29, 7 et fr. 6 de rei vind. 6, 1 et C. de episc. et cler. 1, 3 aut. generaliter et ad hoc est ar. C. de his qui ad ec. con. l. namque.

143) ut fr. 18 communi divid. 10, 3 et fr. 74 de iudiciis 5, 1.

144) ut c. 4 de rec. arb. 2, 56 et Extra de probat. 2, 19 cap. 11.

145) ut § 32 I. de act. 4, 6 et c. 3 de sent. quae sine certa quant. 7, 46.

actionis petitur et officium iudicis principaliter imploratur loco actionis ut supra dixi, et in omnibus, in quibus dixi offerri licet, ubicunque diffinitiua sententia offerendo uel condempnando ferri debeat [146]; aliter enim non uidetur res deducta in iudicium [147] nec ualeret processus [148], et in omni causa est regulariter uerum praeterquam in causa ap*pellationis* [149]. // Tertio quaeritur, in quibus consistat ista summaria cognitio et quae probatio exigatur in ea; circa ea no*tat azo* in aut. ad exibendum, quod summatim cognoscitur i. e. semiplena probatio exigitur, ut sufficiat, in qua non sunt necessarii testes uel instrumentum, sed iuramento stetur actoris, quo sua docet interesse [150]....

---

146) ut fr. 1 de re iud. 42. 1.

147) ut c. un. de litis cont. 3, 9.

148) ut C. eod. aut. offeratur.

149) ut c. 5 § 4 de temp. et reparat. app. 7, 63 et est expressum Extra de off. iu. 1, 32 cap. 1.

150) ut fr. 15 ad exhibend. 10, 4.

XVII.

Ueber den angeblichen römischen Juristen Paconius.

Von Adolf Schmidt zu Freiburg.

Unter der nicht eben unbedeutenden Zahl römischer Juristen, von denen die Welt kaum mehr weiß als den Namen, spielt auch ein gewisser Paconius eine, wenn auch ziemlich bescheidene Rolle. Unsere Rechtshistoriker, z. B. Zimmern, begnügen sich zumeist damit, ihn in Reihe und Glied zu stellen, die Bemerkung hinzufügend, daß es Paulus sei, der ihn einmal citire. Dieses einmalige Citat findet sich in Fr. 3 pr. si a parente manumissus sit 37, 12 und lautet folgendermaßen:

> Paulus libro VIII. ad Plautium.
> Paconius ait: si turpes personas, veluti meretricem, a parente emancipatus et manumissus heredes fecisset, totorum bonorum contra tabulas possessio parenti datur, aut constitutae partis, si non turpis heres esset institutus.

Dabei verdient sofort hervorgehoben zu werden, daß man, genau betrachtet, hier nicht einmal sagen kann, man wisse den Namen; denn die Vulgata schreibt Pantonius. Diese letztere Lesart hat man freilich in neuerer wie in älterer Zeit so gut wie ganz ignorirt: theils wohl weil man gemeinhin den Werth der Florentina überhaupt, wie mir scheint, vielfach zu überschätzen pflegt; vielleicht

auch aus dem bessern Grunde: weil Pantonius unsers Wissens gar kein landläufiger Name ist, während dagegen Paconius einen ganz anständigen Mann abgibt; nennt uns doch schon Cicero in der Rede für Milo einen M. Paconius eques romanus et splendidus et fortis: desgleichen finden wir unter den Anklägern des Silanus einen M. Paconius von Tacitus aufgeführt und als den Legaten jenes Proconsuls bezeichnet.

Wahrscheinlich durch diese Unsicherheit des Textes bewogen, hat Rudorff in seiner Rechtsgeschichte mit Hinweisung auf die inscriptio beiläufig die Vermuthung aufgestellt, es möge Paconius ein verschriebener Name für Plautius sein.

Diesen Zweifel an der Richtigkeit des Textes halte ich für durchaus begründet, wenn ich auch der Art der Veränderung nicht beitreten kann. Zunächst nämlich scheint mir dieselbe von dem paläographischen Standpunkte aus nicht unbedenklich, denn es ist doch Plautius von Paconius oder Pantonius ziemlich weit entfernt und kaum einzusehen, wie der Schreiber jenen Namen, den er soeben vollkommen richtig geschrieben, unmittelbar darauf so gänzlich korrumpiren konnte. Für gewichtiger halte ich folgenden, gegen den Namen eines jeden Juristen überhaupt gerichteten, dem Inhalte der Stelle entlehnten Grund. Die dem parens manumissor zustehende bonorum possessio folgt nach ausdrücklicher Vorschrift des Edikts dem Muster der b. p. patroni; jener hat daher im Falle der Verletzung den Anspruch auf die Hälfte der Erbschaft und nach dem Edikt niemals auf mehr als diese. Wer war nun dieser Paconius, Pantonius oder wie er sonst heißen mag, daß er es sich herausnehmen darf, die constituta pars nur für den einen Fall anzuerkennen, für den andern dagegen dieselbe auf die ganze Erbschaft mit souverainer Willkür auszudehnen? Wer war derselbe, daß sein einfaches Wort genügt, um darin den Juristen Paulus eine die Sache entscheidende Auktorität erkennen zu lassen? Seit dem Verstummen des prätorischen Edikts gab es, meines Wissens, im ganzen römischen Reiche nur einen Mann, welcher in dieser bestimmenden Weise in die Entwickelung des Rechts einzugreifen befugt

war, den Kaiser: daher wird ein solcher, und kein Jurist in jenem Namen zu suchen sein.

Auf Grund dieser Erwägung scheint die Sache sich ziemlich einfach zu gestalten. Wer anders nämlich sollte in dem Schleier der Vulgata

PANTONIVS

verborgen liegen, wenn nicht jener wohlbekannte Kaiser, welchen wir ohne Veränderung eines Buchstaben durch Hinzufügung von ein paar kleinen Zeichen hervorrufen

P. ANTONĪVS

und wen anders umschließt die Florentina

PACONIVS

als denselben

P. ĀTONĪVS

nur mit dem Unterschiede, daß hier die nicht seltene Vertauschung von C und T hinzugekommen ist, vielleicht aus Versehen, vielleicht auch durch das Bestreben hervorgerufen, den unerhörten Patonius zu einem respectabeln Namen umzugestalten.

Gegen etwaige Zweifel noch folgendes. P. für Pius findet sich bei Valerius Probus, Magno, Petrus Diaconus und sonst in verschiedenen Verbindungen.

Pius Antoninus statt Divus Pius Antoninus, wie es gewöhnlich lautet, läßt sich in zwiefacher Weise entstanden denken. Einmal ist es möglich, daß schon Paulus so schrieb. Warum sollte die Angabe, daß es sich um einen verstorbenen Kaiser handelt, nicht ebenso gut bei P. Ant. haben wegbleiben können wie bei andern Kaisern? Sodann kann die Weglassung des Divus durch die Compilatoren herbeigeführt sein. Das läßt sich verschieden denken, z. B. wenn D. den Schluß einer Zeile bildete, die nächste mit P. Antoninus begann. Oder es könnte bei Paulus gestanden haben, D. autem P. Ant. ait, oder statt autem, tamen, enim, (cf. fr. 36 pr. de de acq. v. om. her. 29, 2: ... D. tamen Pium contra constituisse...) und die Compilatoren haben das Anfangszeichen für den Schreiber zwischen autem und P. gesetzt.

Ait. Allbekannt ist praetor ait, senatus ait. oratio principis ait findet sich im Titel de don. int. vir. et uxorem wiederholt, fr. 3 pr. fr. 34 § 2, 9, 14; rescriptum D. Pii. ait im fr. 6 de mag. conv. 27, 8. Bei Gaj. II. 195 kann man das inquit ebenso gut auf D. P. Ant. selbst, wie auf constitutio beziehen. An imperator ait würde schwerlich jemand Anstoß nehmen. Außerdem ist wieder daran zu erinnern, daß das ait in diesem Zusammenhang sehr wohl dadurch erst bedenklich geworden sein kann, daß was Paulus im Voraufgehenden sagte uns verloren gegangen ist.

XVIII.

Zu Gaius inst. II. 218.

Von Prof. M. Hertz.

Daß in der vielbesprochenen Stelle des Gaius II. 218 ex Sexto, wofür man jetzt nach Savigny's Vorschlag et Sexto zu lesen pflegt, gestrichen werden müsse, habe ich längst angenommen. Ich würde mich des Zusammentreffens meiner Vermuthung mit der Mommsens in diesen Jahrbüchern III. S. 8 fg. Anm. 14 a. still-schweigend freuen und am wenigsten mich hier darüber vernehmen lassen, wenn mir nicht Mommsens Ansicht, wonach wir hier „eine alte gelehrte Glosse" anzuerkennen hätten, wegen ihrer Consequenzen für die Kritik des Gaius bedenklich schiene. ex sexto ist mir stets in dem Satze, „sed Iuliano (ex sexto) placuit etiam hoc casu ex senatusconsulto confirmari legatum" als eine vom Schreiber zu früh gesetzte und dann corrumpirte Dittographie des folgenden ex senatusconsulto erschienen.

XIX.

Die deutschen Wiesengenossenschaften.

Von Dr. **Anschütz**, ord. Prof. zu Greifswald.

§ 1.

Die Gegenwart hat viele Associationen entstehen lassen, man erblickt in ihnen auf materiellem Gebiete einen mächtigen Hebel zur Förderung des Wöhlstandes, andererseits liegt in moralischer wie in wirthschaftlicher Hinsicht in der Association das beste Heilmittel gegen die nachtheiligen Folgen der unbegrenzten Herrschaft des Individualismus und der Zersplitterung der Kräfte.

Auch auf dem agrarischen Gebiete, im Bereiche der einfachen ländlichen Verhältnisse beginnt der Associationstrieb sich zu regen. Es ist das Wiedererwachen jenes genossenschaftlichen Elementes, welches einst zu den innersten Merkmalen unsers vaterländischen Rechtes gehörte. Das Recht der Gegenwart erhält auf diese Weise eine Fülle germanistischer Elemente zurück, welche man längst verloren glaubte, und es ist Aufgabe der Germanisten, diese Elemente zu sammeln und sie in den Kreis der Darstellung der deutschen Rechtsinstitute zu ziehen.

Zu den neuesten Erzeugnissen jener genossenschaftlichen Rechtsbildung gehören die Wiesengenossenschaften. Nicht selten sind diese Vereine nur die neue Form für alte untergegangene Institutionen. Denn für die gemeinschaftliche Bewässerung und Beaufsichtigung der Wiesen, für gemeinsamen Uferschutz bestanden in früherer Zeit viel-

fach Vereinigungen, welche aber, da sie ohne Pflege von Seiten der Verwaltung und Gesetzgebung blieben, hauptsächlich in Folge der zunehmenden Zersplitterung des Grundbesitzes untergegangen sind. So baut die Gegenwart dasjenige in besserer Form wieder auf, was in anderer Gestalt vorlängst in Geltung war. Aber sie geht auch weiter, schafft auch ganz neue Institutionen, die den Bedürfnissen der Landwirthschaft und der Gewerbe entsprechen. Die Rechtsproduction der Gegenwart zeichnet sich dadurch aus, daß sie bemüht ist, das Recht in Einklang mit den Forderungen der Volkswirthschaft zu setzen.

Aehnliche Erscheinungen bietet das Forstrecht. Die alte Institution der Markenwälder blieb in der Neuzeit ohne Schutz und Pflege, die Markgenossenschaften sind im völligen Verschwinden begriffen, die meisten Markenwälder sind getheilt, sie sind in kleinen Parcellen „mobiles" Eigenthum geworden. Hätte es die Gesetzgebung früher verstanden, diese Genossenschaften fortzubilden, sie den wirthschaftlichen Zuständen der Neuzeit entsprechend umzugestalten und sie so vor gänzlicher Auflösung zu bewahren, so würden jene Uebelstände, die sich jetzt an den Privatwaldungen zeigen, in einigen Gegenden Deutschlands nicht eingetreten sein. Gegenwärtig wird es großer Anstrengung bedürfen, um die alten Vereine der Waldeigenthümer wieder in's Leben zu rufen; dennoch aber glauben wir, daß durch den Drang der Zeit und des Bedürfnisses geboten die Waldgenossenschaften verjüngt wieder entstehen und zu einem regelmäßigen Institute unsers vaterländischen Rechtes werden.

Mit solchen Fragen beschäftigt sich freilich bei uns weniger die Justiz als die Verwaltung. Unsere ländlichen Verhältnisse bergen noch eine große Anzahl deutscher Rechtsinstitute [1], mit denen der Verwaltungsbeamte, da ihm die Pflege der agrarischen Zustände obliegt, oft vertrauter ist als der Richter. Allein auch der Richter

---

1) Einen neuen Beweis hierfür liefern die dankenswerthen Mittheilungen von Päpcke, Genossenschaftsbildungen in den pommerschen Städten, in der Zeitschrift für deutsches Recht XVI, 218.

kann sich der Betrachtung jener Institute nicht entziehen, sobald ein derartiges Rechtsverhältniß der gerichtlichen Beurtheilung unterliegt. Fraglich ist es dann allerdings, ob sich in der vorzugsweise romanistisch gebildeten Praxis ein tieferes Verständniß für solche specifisch deutsche Institute findet. Um so mehr ist es Pflicht der Germanisten, das Auge nicht blos der Vergangenheit, sondern der Gegenwart zuzuwenden und die Erzeugnisse des heutigen deutschen Rechtslebens juristisch zu construiren [2].

§ 2.

Begriff der Wiesengenossenschaft.

Die Wiesengenossenschaften sind Vereine von Wiesenbesitzern zum Zwecke der gemeinschaftlichen Bewässerung und Verbesserung ihrer Wiesen. Auch die Entwässerung fällt in den Bereich ihres Zwecks, wenn sie nach den localen Verhältnissen nöthig ist. Jede Wiesengenossenschaft ist also zugleich eine Meliorationsgesellschaft, es wird durch die Gründung des Vereins die Erhöhung der Ertragsfähigkeit einer mehr oder weniger bedeutenden Fläche bezweckt. Die Bezeichnung Meliorationsgesellschaft wird indeß vorzugsweise dann gebraucht, wenn nicht die Bewässerung, sondern die Entwässerung und die Regulirung von Flüssen und Strombetten Hauptzweck des Vereins ist, wenn ferner der Verein eine bedeutendere Ausdehnung hat und Anlagen in größerem Maßstab erforderlich sind.

---

2) Dieser Richtung ist gefolgt G. Beseler in seiner trefflichen Darstellung des deutschen Wasserrechts der Gegenwart, deutsches Privatrecht III, § 197. — Vom volkswirthschaftlichen, aber den Gegensatz zwischen dem römischen und dem heutigen deutschen Wasserrecht scharf erfassenden Standpunct aus betrachtet unsern Gegenstand E. Nasse in Bluntschli's deutschem Staatswörterbuch, Artikel „Gewässer." — Eine musterhafte monographische Darstellung des neuen bayerischen Wasserrechts ist das Werk von Pözl, die bayerischen Wassergesetze, Erlangen 1859. An dieses Werk schließt sich an die Abhandlung desselben Verf. in der Kritischen Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft I. Band (München 1859) „Die neue Gesetzgebung und Literatur über das Wasserrecht", welche eine übersichtliche Zusammenstellung der neueren deutschen Gesetze enthält.



Die Wiesengenossenschaften sind also ein Institut des Wasserrechts, sie sind den Deichgenossenschaften und mehr noch den alten Sielgenossenschaften an die Seite zu stellen, welche sich in den friesischen Marschen erhalten haben [3]. Folgenden deutschen Gesetzgebungen sind die Wiesengenossenschaften bekannt:

1. Preußen. Gesetz über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843, §§ 56—59. An dieses Gesetz, welches viele Hindernisse für die Benutzung des Wassers zu landwirthschaftlichen Zwecken beseitigt hat und welches nicht ohne Rückwirkung auf die Gesetzgebung der andern deutschen Staaten geblieben ist, schließen sich einige andere Gesetze und Verordnungen und schließen sich namentlich eine Reihe genossenschaftlicher Statute an, durch welche dasselbe ergänzt und ausgeführt wird. Vor allem ist hier der Entwurf zu einem Statut für Wiesengenossenschaften zu erwähnen, welcher von den Regierungen von Cöln und Trier gemeinschaftlich ausgearbeitet und von dem Ministerium für landwirthschaftliche Angelegenheiten den übrigen preußischen Bezirksregierungen zur Benutzung in den geeigneten Fällen empfohlen worden ist [4]. Dieses Schema sollte als ein Anhalt bei der Entwerfung solcher Statuten dienen, selbstredend mit der Maßgabe, daß die einzelnen Bestimmungen desselben nach localem Bedürfniß oder nach dem Uebereinkommen der Interessenten abgeändert werden können. Der Entwurf, welcher eine der wichtigsten Quellen für unsere Betrachtung bildet, hat die Genossenschaften in kleineren Gebirgsthälern vor Augen; wir werden ihn in der Folge als das preußische Musterstatut bezeichnen. Es ist ferner anzuführen die Anweisung zur Bildung von Ent- und Bewässerungs-Genossenschaften vom 10. October 1857, welche als

3) Beseler, deutsches Privatrecht III, § 197.

4) Rescript des K. Ministeriums für landwirthschaftliche Angelegenheiten v. 10. November 1851. Der Muster-Entwurf nebst dem empfehlenden Rescript ist abgedruckt bei v. Rönne u. Lette, die Landesculturgesetzgebung des preußischen Staates, I, 868. Aehnlich, nur noch durchgreifender verfuhr die preußische Regierung in Bezug auf die Deichgenossenschaften durch die Publication eines Normaldeichstatuts, Cabin.-Ordre v. 14. November 1853.

ministerielle Instruction für die preußischen Verwaltungsbeamten dient [5]. Endlich sind der Vollständigkeit wegen einige für unsern Zweck weniger wichtige Gesetze zu erwähnen, das Gesetz vom 23. Januar 1846 betreffend das für Entwässerungs-Anlagen einzuführende Aufgebots- und Präclusions-Verfahren, und das Gesetz vom 11. Mai 1853, welches die oben erwähnten Bestimmungen des Gesetzes vom J. 1843 über die Bildung von Bewässerungsgenossenschaften auch auf die Bildung von Entwässerungsgenossenschaften ausdehnt, letzteres jedoch mit Ausschluß des Zwangs bei der Bildung von Genossenschaften zu Drainanlagen.

An diese Gesetze und Verordnungen schließen sich die Statuten der einzelnen preußischen Wiesengenossenschaften an. Seit dem Jahre 1850 enthält die preußische Gesetzsammlung zahlreiche Beispiele von landesherrlich bestätigten Statuten für alle verschiedenen Arten solcher Vereine, aus denen wir nur einige hier hervorheben:

- Statut des Verbändes der Wiesenbesitzer in der Gemeinde Salm, Reg. Bezirk Trier, v. 8. November 1852.
- Statut des Verbandes der Wiesenbesitzer in der Gemeinde Waltersheim, Reg. Bezirk Trier, vom 19. Dezember 1853.
- Statut des Verbandes der Wiesenbesitzer in den Gemeinden Thallichtenberg und Pfeffelbach, Reg. Bezirk Trier, v. 9. Januar 1854.
- Statut der Meliorationsgenossenschaft des Alfbachthals, Reg. Bezirk Trier, v. 30. April 1855.
- Statut der Meliorationsgenossenschaft der Niersniederung (Niederrhein) v. 16. Juni 1856.
- Statut der Sozietät zur Regulirung der Unstrut v. 23. Februar 1857.
- Statut der Meliorationsgenossenschaft der Gemeinde Hongrath, Reg. Bez. Trier, v. 2. November 1857.

---

5) Abgedruckt bei Hahn, die preußischen Gesetze über Vorfluth u. s. w., Breslau 1858. In diesem Werkchen fehlt das oben erwähnte Musterstatut.

Statut der Wiesengenossenschaft in der Gemeinde Hüngeringhausen, Kreis Waldbroel, Reg. Bez. Cöln, v. 6. April 1858.

Statut der Genossenschaft zur Melioration der Labischin-Bromberger Netzewiesen v. 6. April 1858.

Statut der Meliorationsgenossenschaft der Erft-Niederung, Reg. Bezirk Cöln und Düsseldorf, v. 3. Januar 1859.

Statut der Wesselshöfen-Conradsritter Meliorations-Sozietät, Reg. Bezirk Königsberg, v. 26. April 1859.

Eine selbständige Stellung nehmen unter diesen Vereinen die Wiesengenossenschaften des Kreises Siegen ein, für welchen eine eigene Wiesenordnung erlassen wurde. Wiesenordnung für den Kreis Siegen v. 28. October 1846, II. und III. Abschnitt. In diesem Kreise, dem eigentlichen Heimathlande der Wiesengenossenschaften, hatten sich solche Vereinigungen aus älterer Zeit erhalten und einen hohen Flor der Wiesencultur hervorgebracht[6]. Die Wiesenordnung hat auf die eigenthümlichen Verhältnisse Rücksicht genommen und weicht, wie sich ergeben wird, in einzelnen Puncten von den übrigen Statuten ab.

2. Baiern. Gesetz über Be- und Entwässerungsunternehmungen vom 28. Mai 1852[7]. Statuten einzelner Wiesengenossenschaften aus diesem wie aus den folgenden Staaten sind nicht bekannt geworden; auch Pözl, welcher über die bisherigen Erfolge des bayerischen Gesetzes berichtet[8], erwähnt solche Stellen nicht.

3. Großherzogthum Hessen. Wiesenculturgesetz vom 7. October 1830, Art. 9[9]. Nächst der eben erwähnten Oranien-Nas-

---

6) Die preußische Wiesenordnung vom 28. October 1846 führt im Eingang die ältere Fürstlich Oranien-Nassau'sche revidirte Wiesenordnung v. 18. Dezember 1790 an, (auch citirt bei Beseler deutsches Privatrecht III, § 197 Anm. 13).

7) Pözl, die bayerischen Wassergesetze (1859) und Kritische Vierteljahrschrift I, S. 29.

8) Die bayerischen Wassergesetze S. 320—322.

9) Zeller, das Wiesen-Kulturgesetz, Darmstadt 1843. — Glaß, die wasserrechtliche Gesetzgebung (1836) S. 92.

sau'schen Wiesenordnung das älteste unter den neueren Wiesengesetzen.

4. Herzogthum Sachsen-Meiningen. Gesetz die Verbesserung der Wiesencultur durch Bewässerung und Entwässerung betreffend, vom 4. Mai 1850[10].

5. Großherzogthum Baden. Gesetz über Be- und Entwässerungsanlagen v. 21. Februar 1851[11].

6. Königreich Hannover. Gesetz über Entwässerungen, Bewässerungen und Stauanlagen vom 22. August 1847, §§ 55 f.[12].

7. Großherzogthum Sachsen-Weimar. Gesetz über den Schutz gegen fließende Gewässer und deren Benutzung v. 16. Februar 1854, §§ 59 ff.[13].

8. Königreich Sachsen. Gesetz über die Berichtigung von Wasserläufen, von Ent- und Bewässerungsanlagen v. 15. August 1855[14].

§ 3.

Entstehung der Wiesengenossenschaft.

Die Wiesengenossenschaften entstehen entweder durch freiwillige Vereinbarung der Betheiligten oder die Bildung erfolgt im Zwangswege. Das bayerische Gesetz (vom 28. Mai 1852) verlangt, daß wenn mehr als drei Grundeigenthümer sich freiwillig zur Herstellung einer gemeinschaftlichen Bewässerungs- oder Entwässerungsanlage vereinigen, welche einen unzweifelhaften, überwiegenden landwirthschaftlichen Nutzen gewährt, welche ferner sich auf eine bedeutende Grundfläche erstreckt und ohne Ausdehnung auf fremde Grundstücke oder zwangsweise Entwehrung (Expropriation) unbeweglichen Eigenthums nicht ausführbar ist, die freiwillig sich Vereinbarenden eine Genossenschaft bilden müssen und bei Unternehmungen, die nicht

10) Dieses Gesetz ist in der wasserrechtlichen Literatur nicht erwähnt.
11) Commentirt von Vogelmann, 1851. — Glaß a. a. O. S. 89.
12) Glaß a. a. O. S. 82.
13) Glaß a. a. O. S. 72.
14) Glaß a. a. O. S. 170.

unter die bezeichnete Categorie fallen, eine Genossenschaft bilden können. (Art. 2). Die Genossenschaft muß Statuten entwerfen, welche der Bestätigung durch die Kreisregierung unterliegen. (Art. 3). Auch das preußiche Gesetz verlangt bei freiwilliger Bildung der Genossenschaft Bestätigung der Statuten durch das Ministerium des Innern. Preußisches Gesetz v. 28. Febr. 1843 § 57.

Nur selten aber würden Wiesengenossenschaften von einigermaßen bedeutender Ausdehnung durch freiwillige Vereinbarung zu Stande kommen. Je zersplitterter der Grundbesitz in einer Gegend ist — und für solche Gegenden bietet die Genossenschaft den größten Nutzen —, desto leichter würden gemeinschaftliche Unternehmungen an dem Widerspruchsrechte Einzelner scheitern. Sämmtliche neueren Gesetze haben deshalb den Grundsatz aufgenommen, daß unter gewissen Voraussetzungen diejenigen, welche der Bildung des Vereins widersprechen, zum Beitritt gezwungen werden können. Man ist hierbei wie bei den alten Deich- und Sielgenossenschaften von der Idee einer gewissen natürlichen Gemeinschaft unter den Ufereigenthümern und zugleich von den Principien der Expropriation ausgegangen. Die Ausdehnung dieser Principien auf das Wasserrecht, die zwangsweise Errichtung von Servituten an benachbarten Grundstücken zu Gunsten des Unternehmers einer Bewässerungs- oder Entwässerungsanlage, auch wenn dieser ein einzelner Privater ist, bildet überhaupt das Lebenselement der neuen Wassergesetzgebung [15].

Den Principien der Expropriation zu öffentlichen Zwecken entsprechend findet der Zwang zum Beitritt zu einer Wiesen- und Wassergenossenschaft unter folgenden Voraussetzungen statt, welche sämmtlich erfüllt sein müssen [16].

1. Die auszuführenden Bewässerungs- oder Entwässerungsan-

---

15) Preußisches Gesetz (v. 1842) §§ 24. 25. Badisches Gesetz §§ 3. 4. Meiningisches Gesetz Art. 2.

16) Preußisches Gesetz (v. 1843) § 56. Bayerisches Gesetz Art. 1. Badisches Gesetz § 1. K. Sächsisches Gesetz § 1. Sämmtliche Gesetze stimmen hierin zwar nicht dem Wortlaut, aber der Sache nach überein.

lagen müssen einer ganzen Gegend, einer bedeutenden Grundfläche überwiegenden Nutzen gewähren — das Unternehmen muß also zum öffentlichen Wohle gereichen, es muß ein erhebliches Landescultur-interesse vorliegen.

2. Das Unternehmen muß außerdem ein solches sein, daß es nur durch gemeinschaftliches Wirken zu Stande gebracht werden kann.

Die zwangsweise Bildung der Genossenschaft erfolgt durch die Verwaltungsbehörden des Staates auf Antrag der Betheiligten. Die Behörden haben den Plan des Unternehmens einer genauen Prüfung zu unterwerfen und die Widersprechenden mit ihren Einsprüchen zu hören. Dabei ist es selbstverständlich, daß der ausführende Beamte den Zwang zum Beitritt so viel als möglich zu vermeiden und so viel als möglich eine freiwillige Vereinigung zu vermitteln suchen wird [17].

Zum Beitritt können bei bloßen Bewässerungsanlagen nur Wiesenbesitzer oder die Besitzer solcher Grundstücke gezwungen werden, welche durch die Bewässerung gewinnen. Gegen die Besitzer anderer Grundstücke, also in der Regel gegen die Besitzer von Aeckern, Wald und Gärten, kann für den Fall daß deren Hereinziehung in den Verband zur Durchführung der Bewässerungsanlage unumgänglich nöthig ist, von Seiten der Genossenschaft nur die Expropriation nach den Grundsätzen des Wasserrechts gelten gemacht werden, entweder in der Form zwangsweiser Auflegung von Servituten zu Gunsten der Genossenschaft oder in der Form zwangsweiser Abtretung der Grundstücke [18]. Hat dagegen die Anlage nicht blos die Bewässerung, sondern die Entwässerung oder den Uferschutz und die Regulirung des Wasserlaufs zum Zweck, so fällt die Beschrän-

17) Preußische Instruction für die Bildung von Ent- und Bewässerungsgenossenschaften vom 10. October 1857 § 3.

18) Preußisches Normalstatut § 4: „Die Erwerbung von Terrain, welches nicht Mitgliedern des Wiesenverbandes gehört, erfolgt nach den Vorschriften des Gesetzes v. 28. Februar 1843." — Bayerisches Gesetz über Be- und Entwässerungsunternehmungen Art. 20. 21. Das bayerische Gesetz erlaubt die Expropriation selbst gegen Triebwerk.

kung auf die Wiesenbesitzer hinweg und es können zum Beitritt auch die Besitzer anderer Grundstücke gezwungen werden. Das sächsische Gesetz (§ 1) legt die Verpflichtung zum Beitritt den Eigenthümern aller Grundstücke und Triebwerke auf, deren Werth dadurch erhöht wird.

Hinsichtlich des Zwanges selbst zerfallen die oben angeführten Gesetzgebungen wiederum in zwei Classen. Die einen beschränken den Zwang darauf, daß die Majorität der Grundbesitzer — und zwar in der Regel eine Majorität von zwei Dritteln der betheiligten Fläche nach — einen Zwang gegen die Minorität ausüben kann; andere Gesetzgebungen verlangen nicht ausdrücklich die Zustimmung der Majorität, gestatten also unter Umständen auch, daß die Minorität einen Zwang gegen die Majorität übt, vorausgesetzt, daß die Staatsregierung das öffentliche Interesse des Unternehmens anerkennt. Denn die oben erwähnten Voraussetzungen des überwiegenden Landesculturinteresses müssen in dem einen wie in dem andern Falle erfüllt sein.

Zu der ersten Classe gehören die oben angeführten Gesetze von Baiern (Art. 16), Baden (§ 1), Hannover (§ 55), Sachsen-Meiningen (Art. 1), Sachsen-Weimar (§ 59), welche sämmtlich die Zustimmung der Majorität von zwei Dritteln der betheiligten Grundfläche nach verlangen, und Hessen-Darmstadt (Art. 9), welches sich mit der Zustimmung der einfachen Majorität, mit der Zustimmung der Besitzer des größten Flächengehalts begnügt.

Zu der zweiten Classe gehören die preußische und die sächsische Gesetzgebung, nach welchen die Zustimmung der Majorität nicht erforderlich ist.

Preußisches Gesetz v. 28. Februar 1843 § 56: „wenn Unternehmungen zur Benutzung des Wassers, deren Vortheile einer ganzen Gegend zu Gute kommen, nur durch ein gemeinsames Wirken zu Stande zu bringen und fortzuführen sind, so können die Betheiligten zu gemeinsamer Anlegung und Unterhaltung der erforderlichen Wasserwerke durch lan-

desherrliche Verordnung verpflichtet und zu besondern Genossenschaften vereinigt werden."

Sächsisches Gesetz v. 15. August 1855 § 1. Der Antrag kann von einem oder mehreren Betheiligten ausgehen.

Nach dem Wortlaut des preußischen Gesetzes hat die Regierung selbst das Recht, eine Genossenschaft von Amtswegen, unter Widerspruch aller Betheiligten zu bilden. Die Praxis ist jedoch eine andere. Die Instruction zur Bildung von solchen Genossenschaften (v. 10. October 1857) hat in § 3 die Bestimmung: „Ueber diese Gegenstände ist wo möglich die Einigung der Betheiligten oder doch der Mehrzahl derselben herbeizuführen."

Einen selbständigen Standpunct nimmt die Wiesenordnung für den preußischen Kreis Siegen ein (vom 28. October 1846), welche die Zustimmung der Besitzer des vierten Theils der betheiligten Fläche verlangt und welche die Errichtung der Genossenschaft mit einer Zusammenlegung der Grundstücke verbindet (§§ 36. 49), ein Princip, welches der preußischen Gemeinheitstheilungsordnung entlehnt ist.

§ 4.

Verfassung der Wiesengenossenschaft.

a. Vereinsstatut.

Jede Wiesengenossenschaft giebt sich ein Statut, welches der Bestätigung der Verwaltungsbehörden bedarf. In Preußen ist für die Statuten derjenigen Genossenschaften, welche nicht freiwillig zu Stande kommen, die landesherrliche Bestätigung erforderlich (Preuß. Gesetz v. 28. Februar 1843 § 57); hierdurch erklärt es sich, daß die Statuten so vieler Genossenschaften durch die preußische Gesetzsammlung publicirt werden. Für den seltenen Fall, daß die Genossenschaft freiwillig sich bildet, genügt die ministerielle Bestätigung.

Das Statut bestimmt den Umfang der gemeinsamen Zwecke und den Plan, nach welchem verfahren werden soll, die Vertheilung der erforderlichen Beiträge und Leistungen und die innere Verfassung des Vereins.

b. Vereinsvorstand.

Die Genossenschaft wird vertreten durch einen Vorstand, welcher die Angelegenheiten des Vereins leitet und ausführt. Bei den kleineren preußischen Vereinen besteht der Vorstand aus einem Vorsteher und zwei Wiesenschöffen [19]. Erstreckt sich der Verband über mehrere Gemeinden, so sind in der Regel die Wiesenbesitzer und Betheiligten jeder einzelnen Gemeinde durch ein Mitglied im Vorstand vertreten oder es werden innerhalb des Vorstandes besondere Unterabtheilungen gebildet [20]. Bei größeren Vereinen, bei Entwässerungsgenossenschaften steht an der Spitze ein Director [21], der einen Gehalt vom Verein bezieht, während bei kleineren Verbänden das Amt des Vorstandes ein Ehrenamt ist und nur eine Entschädigung für Versäumnisse stattfindet [22]. Von der periodisch vorzunehmenden Grabenschau führt der Director auch den Namen Schaudirector.

Der Vorstand der Wiesengenossenschaft wird von den Genossen aus ihrer Mitte gewählt [23]. Das Stimmrecht bei der Wahl richtet sich nach der Größe des Grundbesitzes, die Festsetzung des Stimmrechts im Einzelnen richtet sich natürlich nach den localen Verhältnissen. Bei kleineren Vereinen und parzellirtem Grundbesitz hat jeder Wiesengenosse eine Stimme, wer mehr als zwei Morgen im Verband besitzt, hat zwei Stimmen, wer vier Morgen besitzt, hat drei Stimmen, und sofort für je zwei Morgen eine Stimme mehr [24]. Man ward bei dieser Festsetzung Rücksicht auf das durchschnittliche Minimum des Grundbesitzes der einzelnen Genossen nehmen müssen; besteht also der Verein aus größern Gütern, so wird die Stimmbe-

---

19) Preußisches Musterstatut § 5. Der altdeutsche Name der Wiesenschöffen ist aus der Wiesenordnung für den Kreis Siegen entlehnt.

20) Statut der Meliorationsgenossenschaft des Alfbachthals v. 30. April 1655.

21) Statut der Sozietät zur Regulirung der Unstrut v. 23. Februar 1857 § 17 u. a.

22) Preußisches Musterstatut § 5.

23) Baierisches Gesetz Art. 2 u. 10. Preußisches Musterstatut § 6.

24) Preußisches Musterstatut § 6. — Statut der Wiesengenossenschaft der Gemeinde v. 8. November 1852 § 6. — Statut der Genossenschaft des Alfbachthals v. 30. April 1855 § 7.

rechtigung auch ganz andere Grundlagen erhalten. So bestimmt das Statut des Meliorations-Verbandes im Brückschen Bruche (v. 21. Juli 1852, Preußische Gesetzsammlung 1852 S. 517 § 11) daß der Besitz von 60 Morgen und darunter nur eine Stimme, und daß der Besitz von 30 weiteren Morgen je eine Stimme mehr giebt.

Der Wiesenvorstand, und bei nicht collegialischer Verfassung des Vorstandes der Wiesenvorsteher vertritt die Genossenschaft allen Behörden und allen Dritten gegenüber[25]. Es liegt ihm die Ausführung des Bewässerungsplanes ob, er setzt eine specielle Wässerungs- und Wiesenordnung fest, er hat die Befugniß gegen die Vereinsmitglieder Ordnungsstrafen wegen Verletzung des Statuts sowie der besondern Ordnungen festzusetzen[26] Der Vorstand stellt ferner die Hülfs- und Unterbeamten des Vereins an. Bei größeren Vereinen findet sich ein Wiesenbaumeister, der die technischen Angelegenheiten leitet. Die Unterbeamten sind die Wiesenwärter; bei einzelnen Genossenschaften finden sich auch Rieselmeister. Da die Wiesenwärter nach den preußischen Statuten die Befugnisse der Feldpolizeibeamten haben und als Feldhüter vereidigt werden, so bedarf ihre Wahl der Bestätigung der Verwaltungsbehörden (des Landraths)[27].

c. Vereinsbeschlüsse.

Bei allen Beschlüssen des Vereins richtet sich das Stimmrecht nach der Größe des Grundbesitzes, mit welchem die einzelnen Genossen am Verbande betheiligt sind[28]. Das Stimmverhältniß ist dasselbe, welches bei der Wahl des Vorstandes zur Anwendung kommt.

d. Beitragspflicht und Leistungen der Genossen.

Auch die Beitragspflicht zu den Kosten der Anlagen und der Verwaltung richtet sich im Princip nach der Größe der betheiligten

25) Preußisches Musterstatut § 7.
26) Baierisches Gesetz Art. 11. Preußisches Musterstatut § 7.
27) Preußisches Musterstatut § 8.
28) Sachsen-Weimarisches Gesetz § 61.

Flächen[29]. An diesem Princip kann aber nur dann festgehalten werden, wenn der aus den Anlagen erwachsende Vortheil für alle betheiligten Grundstücke ein gleicher ist. Die Gesetze schreiben daher vor, daß bei der Normirung der Beitragspflicht auf die Verschiedenheiten des Vortheils Rücksicht genommen werden soll. In der Regel wird dies durch Eintheilung der Grundstücke in Classen erreicht; diejenigen Grundstücke, welche eine günstigere Lage für die Bewässerung haben als die übrigen oder welche der Versumpfung oder der Wassersgefahr mehr ausgesetzt waren als die übrigen, bilden die erste Classe und zahlen den höchsten Satz der Beiträge. Die übrigen Classen zahlen dann entsprechend weniger. Die Grundstücke werden, wenn überhaupt eine Verschiedenheit hinsichtlich des Vortheils besteht, in der Regel in zwei bis vier Classen eingetheilt, so daß ein Grundstück, welches in der ersten Classe steht, für den Morgen den vierfachen Beitrag eines Grundstücks der vierten Classe zahlt[30].

In der Regel bestehen die Leistungen der Genossen in Geld und die Anlagen und Arbeiten werden für Rechnung des Vereins durch Dritte ausgeführt. Ausnahmsweise kann der Vorstand auch die Anlagen durch Naturalleistung der Mitglieder ausführen lassen[31], subsidiär sind also die Vereinsmitglieder auch zu Diensten verpflichtet.

Die Beitragspflicht so wie die Verpflichtung zu sämmtlichen Leistungen ruht auf den zum Verbande gehörenden Grundstücken. Sie ist keine Personaklast, sondern eine wahre Reallast, welche auf jeden Besitzer des Grundstücks übergeht[32]. Auch in dieser Bezie-

---

29) Baierisches Gesetz Art. 13. Hessen-Darmstadt Art. 7. Preußisches Musterstatut § 3. Sachsen-Weimar § 62.

30) Preußische Instruction zur Bildung von Ent- und Bewässerungsgenossenschaften vom 10. October 1857 § 7. — Baierisches Gesetz Art. 13. — Sächsisches Gesetz § 7. — Statut der Genossenschaft des Alfbachthals § 4. — Meliorationsgenossenschaft der Erft-Niederung (vom 3. Januar 1859).

31) Preußisches Musterstatut § 3. Sachsen-Meiningisches Gesetz Art. 19. 20.

32) Baierisches Gesetz Art. 14. — Sächsisches Gesetz § 9. — In den Statuten ist die Beitragspflicht der Genossen zwar nicht immer ausdrücklich als

hung kommt also die Wiesengenossenschaft der Deich- und Sielgenossenschaft gleich [33]. Und wie die Deichlast so muß auch die Verpflichtung der Wiesengenossen für eine unablösliche Reallast erklärt werden; denn die Ablösung auf einseitigen Antrag des Verpflichteten würde das Recht zum willkürlichen Austritt aus dem Verbande in sich schließen, welches den Mitgliedern nicht zusteht. Die Ablösung auf einseitigen Antrag der Genossenschaft dagegen würde eine willkürliche Ausschließung vom Verein enthalten, zu welcher wiederum die Genossenschaft nicht befugt ist. Es ist daher auch nicht erforderlich, daß die Unablösbarkeit der Verpflichtung in den Statuten ausdrücklich erwähnt wird, wie dies allerdings in einigen Statuten geschehen ist [34].

Einige Gesetzgebungen sind jedoch weiter gegangen und haben die Verpflichtungen der Wiesengenossen gegen die Genossenschaft für öffentliche auf dem Grund und Boden haftende Lasten erklärt. Es sind dies die preußische und die sächsische Gesetzgebung. Das sächsische Wassergesetz giebt jenen Verpflichtungen die Eigenschaft öffentlicher Grundabgaben (§ 9). Die preußische Concursordnung (§ 49) stellt die Beiträge an Meliorationsgesellschaften den „auf den Grundstücken haftenden gemeinen Lasten", den Abgaben zu Communal-, Kreis- und andern öffentlichen Zwecken gleich, und giebt der Genossenschaft wegen der Rückstände aus den letzten zwei Jahren ein Vorzugsrecht am Grundstücke in der dritten Classe. Auch werden nach sämmtlichen preußischen Statuten die Beiträge von den Säumigen im Wege der administrativen Execution eingezogen. Wo nun die Verpflichtung der Wiesengenossen die Eigenschaft einer öffentlichen Last und zwar einer öffentlichen Reallast hat, da bedarf es zur Gültigkeit der Verpflichtung gegen Dritte auch keiner Eintragung

---

Reallast bezeichnet, sie ist aber stets eine Verpflichtung der Grundbesitzer als solcher.

33) Beseler, deutsches Privatrecht III, § 197 S. 185. — Preußisches Gesetz über das Deichwesen v. 28. Januar 1848 § 18.

34) Linkuhnen-Seckenburger Entwässerungsverband (Preußen), Statut v. 14. März 1855 § 8.

in das Hypothekenbuch [35]. In denjenigen Ländern, in welchen sie jene Eigenschaft nicht hat, finden dagegen auf die Sicherung unserer Reallast die Bestimmungen der Hypothekengesetze Anwendung [36].

e. Pflichten der Genossen, welche nicht in Leistungen bestehen. Anderweitige Rechte der Genossenschaft.

Von dem Zeitpunkt ab, mit welchem der Verein ins Leben tritt, hört die Berechtigung der Mitglieder auf, die Bewässerung ihrer zum Verbande gehörenden Wiesen selbst vorzunehmen. An die Stelle des Einzelnen tritt der Verein, welcher allein befugt ist, alle auf die Be- und Entwässerung bezüglichen Handlungen und Anlagen durch seine Beamten auszuführen [37]. Die Beamten der Genossenschaft sind hierbei an den statutenmäßigen Plan und an die Anweisungen des Vorstandes gebunden. Auf die eigenmächtige Bewässerung und Veränderung der Anlagen ist in den Statuten eine Conventionalstrafe gesetzt [37]. Den Vereinsmitgliedern steht nur die Ausführung derjenigen Arbeiten und Anlagen zu, welche nicht zu den Vereinszwecken gehören; jedoch auch bei solchen Anlagen sind sie verpflichtet, den Anordnungen des Wiesenvorstehers im Interesse der Genossenschaftszwecke Folge zu leisten [37]. Dahin gehören die Besamung, der Anbau, die Planirung und Düngung der Wiesen, wenn diese und ähnliche Culturarbeiten nicht in die Vereinszwecke aufgenommen sind.

Jeder Wiesengenosse muß die Anlegung der nöthigen Gräben, Wehre und aller für die Vereinszwecke nöthigen Vorrichtungen auf seinen Grundstücken gestatten, die Genossenschaft hat jedoch für den abzutretenden Grund und Boden Entschädigung zu gewähren. Diese Entschädigung wird häufig nur eine geringfügige sein, und es findet

35) Linkuhnen-Seckenburger Entwässerungsverband (Preußen), Statut v. 14. März 1859 § 8: „die Beitragspflicht ruht unablöslich auf den Grundstücken, steht den öffentlichen Lasten gleich und bedarf keiner hypothecarischen Eintragung."

36) So in Baiern. Pöl zu Art. 14 des bayer. Gesetzes über Be- und Entwässerungs-Unternehmungen.

37) Preußisches Musterstatut § 8 § 2.

sich daher in den preußischen Statuten die Bestimmung, daß bei solchen Abtretungen zunächst darauf gesehen werden soll, ob nicht der Werth des abgetretenen Grund und Bodens durch das an den Dämmen und Uferrändern wachsende Gras oder andere zufällige Vortheile ersetzt wird [38].

Auch von Nichtmitgliedern des Vereins kann die Genossenschaft die Gestattung von Servituten und die Abtretung von Grund und Boden verlangen, jedoch nur nach den Grundsätzen der wasserrechtlichen Expropriation; dieses Recht steht der Genossenschaft wie jedem an einem Gewässer betheiligten Privaten zu [39].

f. Schlichtung von Streitigkeiten.

Zu den zweckmäßigsten Bestimmungen der preußischen Statuten gehört die Ausschließung des Rechtswegs für Streitigkeiten unter den Vereinsmitgliedern und die Einsetzung eines Schiedsgerichtes [40]. Die ordentlichen Gerichte erkennen über solche Streitigkeiten unter den Wiesengenossen, welche sich auf das Eigenthum an Grundstücken, auf das Bestehen und den Umfang von Servituten und andern dinglichen Rechten und auf specielle vertragsmäßige Rechte und Pflichten der Parteien beziehen. Dagegen entscheidet über alle Beschwerden gegen den Bewässerungsplan, sobald derselbe statutenmäßig festgestellt ist, ferner über alle Beschwerden in Betreff einer Beeinträchtigung bei der Be- oder Entwässerung zuerst der Vorstand und in zweiter Instanz ein Schiedsgericht, über dessen Zusammensetzung das Statut die nöthigen Bestimmungen enthalten muß.

§ 5.

Auflösung der Genossenschaft.

Da die Wiesengenossenschaften keinen vorübergehenden, sondern einen dauernden Zweck haben, so kann die Auflösung solcher Vereine auch

38) Preußisches Musterstatut § 4.
39) S. oben Note 18.
40) Preußisches Musterstatut § 9.

nicht als regelmäßige Erscheinung vorkommen. Gleichwohl muß auch dieser Fall in's Auge gefaßt werden; denn der genossenschaftliche Verband kann bei veränderten Umständen weniger Vortheil als zur Zeit seiner Errichtung bringen, er kann namentlich einer Umwandlung der Wiesen in Ackerland hinderlich sein. Aus diesen Gründen gestatten das badische und das baierische Gesetz die Auflösung der Genossenschaft, sobald die Eigenthümer von zwei Dritteln der Vereinsfläche sie verlangen. (Badisches Gesetz § 21. Baierisches Gesetz Art. 9). Das badische Gesetz fügt als zweiten Auflösungsgrund hinzu: wenn die Anlage, für welche die Genossenschaft gegründet wurde, zu bestehen aufhört; in diesem Falle würde es also nicht einmal eines Beschlusses bedürfen. Nach gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen würde vielmehr in einem solchen Falle die Genossenschaft zur Wiederherstellung der Anlage verpflichtet sein, da die Genossenschaft nicht wegen der Anlage, sondern die Anlage wegen der Genossenschaft da ist.

Das preußische Recht hat in Betreff der Auflösung des Vereins eine Lücke, welche auch durch die Statuten nicht ausgefüllt worden ist. Da die Statuten sämmtlich die Schlußbestimmung enthalten, daß Abänderungen derselben nur mit Genehmigung des Ministeriums für landwirthschaftliche Angelegenheiten vorgenommen werden dürfen[41], so wird schon aus diesem Grunde ein Auflösungsbeschluß zu seiner Gültigkeit erst der ministeriellen Genehmigung bedürfen; jedenfalls aber wird zum Beschlusse selbst einfache Majorität der Theilnehmer der Fläche nach genügen, da eine specielle Majorität nirgend vorgeschrieben ist.

§ 6.

Sind die Wiesengenossenschaften juristische Personen?

Die Gesetze, welchen die modernen Wiesengenossenschaften ihre Entstehung verdanken, sprechen sich nicht über die Frage aus, ob diese Vereine juristische Personen sind, ob sie Corporationsrechte ha-

41) Preußisches Musterstatut § 12.

ben[42]. Man könnte das Schweigen der Gesetze nun dahin erklären, daß die einzelnen Genossenschaften nur durch specielle Verleihung von Seiten der Staatsgewalt die Eigenschaft einer juristischen Person erhalten könnten. Denn da diese Eigenschaft nur durch allgemeine Rechtsvorschrift oder durch specielle Verleihung erlangt werden kann, so bleibt, da der erstere Weg den Wiesengenossenschaften verschlossen zu sein scheint, nur der zweite übrig.

Wir glauben jedoch, daß man sich mit dieser Beantwortung der Frage die Untersuchung zu leicht machen würde. Denn was versteht man unter allgemeiner Rechtsvorschrift? Versteht man darunter, wie es in der That von Vielen geschieht, eine Vorschrift des Inhalts, daß gewisse Vereine ausdrücklich für „juristische Personen", für „Corporationen" erklärt werden, so ist allerdings jede weitere Discussion in unserem wie in vielen andern Fällen abgeschnitten. Nach dieser Auffassung hätte man nur darauf zu sehen, ob die technischen Ausdrücke „juristische Person" und „Corporation" gebraucht sind. Glücklicherweise ist jedoch unser Recht von einem solchen Formalismus frei, welcher nur auf Kosten der materiellen Wahrheit und der innern Natur der Rechtsinstitute durchgeführt werden könnte. Auch ist dies durchaus nicht der Standpunkt der römischen Rechtsquellen, auf welche man sich für diese Lehre doch vorzugsweise beruft.

Die allgemeine Rechtsvorschrift, welche man für die Entstehung der juristischen Personen verlangt, kann eine directe und indirecte sein. Allerdings können die Bezeichnungen „juristische Person" und „Corporationsrechte" ausdrücklich gebraucht sein, und dies ist namentlich in neuerer Zeit der Fall. Es bleibt jedoch noch ein zwei-

42) Der Sprachgebrauch bezeichnet bekanntlich die Rechte der juristischen Persönlichkeit mit dem Ausdruck Corporationsrechte. In der neuesten Zeit scheint von diesem Sprachgebrauch abgewichen zu werden. Bei den jüngsten Verhandlungen über die rechtliche Stellung der Dissidentengemeinde in Preußen wurde von Seiten der Staatsregierung zwischen den Rechten der juristischen Persönlichkeit und den Corporationsrechten unterschieden, so daß unter den ersteren nur die Rechtsfähigkeit im Gebiete des Privatrechts, unter den letzteren die Privilegien des öffentlichen Rechts zu verstehen sind.

ter Weg offen, die Anerkennung als juristische Person kann in der ganzen rechtlichen Behandlung gewisser Vereine stillschweigend enthalten sein[43]. Wenn die charakteristischen Kennzeichen der juristischen Persönlichkeit in den einzelnen Rechtsvorschriften über gewisse Vereine wiederkehren, so ist auf indirectem Wege die juristische Persönlichkeit derselben ebenso gut und ebenso voll anerkannt als im Falle einer directen und ausdrücklichen Ertheilung der Corporationsrechte. Man hat also auf die innere Natur der Rechtsverhältnisse zu sehen, um die Frage zu beantworten, ob eine Classe von Vereinen vom Recht als juristische Personen anerkannt ist.

Also nicht die Willkür eines Vereines ist im Stande, ihm juristische Persönlichkeit zu verleihen, sondern die rechtliche Anerkennung dieses Willens, „die Anerkennung vom und im Staate als Rechtssubject", aber die directe Anerkennung so gut als die indirecte. In dieser Auffassung der juristischen Personen scheint uns der gesunde Kern der Genossenschaftstheorie zu liegen; wir glauben, daß von diesem Standpunct aus eine Ausgleichung des Streites zwischen den Anhängern und den Gegnern dieser Theorie möglich ist.

Wenn die Vereinsmitglieder nicht Miteigenthümer des Vermögens werden, wenn die Verbindlichkeiten des Vereins nicht zugleich persönliche Verbindlichkeiten der Theilhaber sind, wenn die einzelnen Mitglieder nicht als Eigenthümer in die öffentlichen Bücher eingetragen werden, wenn vielmehr der Verein als solcher als Eigenthümer und dinglich Berechtigter und Schuldner eintritt und der Vereinsschuldner nicht mit Forderungen gegen das einzelne Mitglied compensiren kann, so hat das Recht die selbständige Persönlichkeit solcher Vereine anerkannt. Es bleibt uns nur übrig, ein fingirtes Wesen als Inhaber und Träger des Vermögens anzunehmen, will man nicht in die Absurdität verfallen, ein herrenloses Vermögen zu statuiren und damit die Existenz jener Vereine selbst zu negiren.

Wenn man nun diesen Maßstab an die Wiesen- und Meliora-

43) Unger, zur Lehre von den juristischen Personen, in der Münchener Kritischen Rundschau VI (2) 154. 184.



tionsgenossenschaften anlegt, so ergiebt sich, daß sie gemeinrechtlich ohne Zweifel als juristische Personen anzusehen sind. Die Gesetze und Statuten erklären die Genossenschaft als solche für fähig und berechtigt, Grundeigenthum und Servituten zu erwerben, die Genossenschaft als solche kann die Abtretung fremden Grund und Bodens zu ihren Zwecken verlangen [44], sie erwirbt Servituten an den Grundstücken der Genossen, sie tritt vor Gericht als Klägerin und Beklagte auf. In diesen Gesetzes- und statutarischen Bestimmungen ist die Anerkennung als juristische Person enthalten, sie wird in den einzelnen Bestimmungen vorausgesetzt. Die Anerkennung selbst rechtfertigt sich durch den dauernden und gemeinnützigen Zweck dieser Vereine, welche auch in dieser Beziehung den Deichgenossenschaften gleichzustellen sind [45].

Auch nach preußischem Recht scheint uns die Frage nicht anders beantwortet werden zu dürfen. Das allgemeine Landrecht Th. II. Tit. 6. § 22 bestimmt: „Die Rechte der Corporationen und Gemeinen kommen nur solchen vom Staate genehmigten Gesellschaften zu, die sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zwecke verbunden haben. Nach dieser Bestimmung kommt es nicht sowohl auf die ausdrückliche Ertheilung von Corporationsrechten oder auf die ausdrückliche Anerkennung als juristische Person an, sondern nur auf staatliche Genehmigung überhaupt und auf das Vorhandensein eines dauernden gemeinnützigen Zwecks. Sind diese Bedingungen bei einem Vereine erfüllt, so hat derselbe von Rechtswegen Corporationsrechte [46]. Daß die Bedingungen aber bei den Wiesengenossenschaften erfüllt sind, dies bedarf keines weiteren Beweises. Diese Vereine sind staatlich genehmigt und ihr Zweck ist ebenso sehr ein dauernder als

44) S. oben Note 18.

45) Für Corporationen, also für juristische Personen erklärt die Wiesengenossenschaften auch Pözl, die baierischen Wassergesetze S. 266.

46) Hiermit stimmt überein Koch, preußisches Privatrecht I, § 86 a. E. S. auch das gut motivirte Urtheil des Cölner Appellhofes über die juristische Persönlichkeit der Krankenladen, im Rheinischen Archiv 49, I, 238.

ein gemeinnütziger; zählt doch die Concursordnung, wie oben gezeigt wurde, die Leistungen der Wiesengenossen zu den gemeinen Lasten.

In der Praxis dürfte freilich diese Ansicht wenig Anerkennung finden. Die preußische Staatsregierung hat nämlich der überwiegenden Mehrzahl der Wiesen- und Meliorationsgenossenschaften die Corporationsrechte in den Statuten ausdrücklich ertheilt [47]. Dadurch ist die Meinung hervorgerufen worden, als ob diejenigen Genossenschaften, bei welchen eine solche ausdrückliche Ertheilung nicht stattgefunden hat, keine juristischen Personen seien, während die Betrachtung des materiellen Inhalts jedes Statuts ergiebt, daß es einer solchen ausdrücklichen Anerkennung nicht erst bedurfte. Es ist Sache der Wissenschaft und der gerichtlichen Praxis, den Begriff eines Rechtsinstituts aus den materiellen Bestimmungen der Gesetze zu construiren.

47) Man vergleiche namentlich die Jahrgänge der preußischen Gesetzsammlung von 1856—1859.

XX.

Exegetische Studien aus dem Civilrechte.

Von Dr. juris Th. R. Schütze, Professor zu Kopenhagen.

I.

Zur Lehre von der sogen. Transmission der Prälegate.

(L. 75. § 1. D. de legat. II.)

Der Prälegatar, welcher nach Erwerb des Legats aber vor dem Erbschaftsantritt verstorben ist, transmittirt das ganze Prälegat auf seine Erben. — Nicht entgegen steht L. 75. § 1. D. de legat. II (31). Ja, in dieser Stelle ist überhaupt vom Prälegate nicht einmal die Rede.

Diese Thesen stelle ich voran, um dadurch sofort den Hauptgegenstand meines exegetischen Beitrages zu bezeichnen. Dabei wird sich Gelegenheit finden, auf die Verschiedenheit, ja den Gegensatz zweier Begriffe — praelegatum und praeceptio — die Aufmerksamkeit der Juristen hinzulenken, deren eigentliches Fach das Civilrecht ist.

Vorher noch eine Bemerkung. Der Titel dieses Beitrages spricht von „sogenannter Transmission." Strenggenommen ist nämlich dieser Ausdruck nicht unbedenklich, da Transmissionsfälle im erbrechtlichen Sinne bei Legaten, wegen des Zusammenfallens von Delation und Acquisition, nicht gedacht werden können.

Allein die Bezeichnung „transmittere legatum ad heredes“ ist quellengemäß, und deshalb in nachstehender Erörterung beibehalten worden. Nur gegen Verwechselung mit dem ganz verschiedenen Begriffe der erbrechtlichen Transmission habe ich von vornherein warnen wollen.

1.

Die angeführte Stelle — L. 75. § 1. laud. — scheint auf den ersten Blick im Wesentlichen folgende Entscheidung zu geben:

„Wenn der Erbe, dem ein Vermächtniß (Prälegat) hinterlassen ist, nach Erwerb des Legats aber vor seinem Erbschaftsantritt verstorben ist, so transmittirt er auf seine Erben nicht das ganze Vermächtniß, sondern nur die Theile desselben, welche seine Miterben hätten an ihn auszahlen müssen.“

So scheinen in der That bisher alle Romanisten das Fragment verstanden zu haben [1].

Die Stelle enthält ein Responsum des Papinian. — Zunächst muß man sich im höchsten Grade wundern über seine angebliche Entscheidung selbst. Denn sonst gilt doch anerkanntermaßen im römischen Recht der Grundsatz, daß der Prälegatar, welcher nicht Erbe wird, z. B. weil er ausschlägt, das ganze Prälegat erwirbt. Natürlich; denn die von den römischen Juristen aufgestellte Confusion desjenigen Antheils, welchen er an sich selbst würde auszahlen müssen, durch seinen Erbschaftsantritt, — diese Confusion eben kann nicht eintreten, wenn er nicht antritt. Einerlei, ob Nichtkönnen oder Nichtwollen die Ursache sein mag — es genügt, daß er nicht antritt. — Was also stattfindet, wenn er Erbe werden nicht will oder nicht kann, kurz wenn er Erbe nicht wird, das sollte nun in dem Falle dennoch nicht stattfinden, wenn er durch Tod verhindert Erbe werden nicht kann? Wo in aller Welt ist ein Grund für diese Abweichung zu finden? Auch in diesem Falle wird er ja nicht Erbe.

1) Vielleicht hat Mühlenbruch durch den Ort (Pand. R. 4te Aufl. § 737. Not. 6), wo er die Stelle citirt, eine andere Ansicht andeuten wollen.

Wenn er das Vermächtniß bei Lebzeiten schon erworben hatte, warum sollen denn seine Erben das nicht ganz haben, was er selbst ohne allen Zweifel ganz haben würde, wenn er noch lebte und anderweitig (wie jetzt durch den Tod) am Erbschaftsantritt verhindert wäre?

Ferner: sogar derjenige Prälegatar, welcher Erbe geworden ist, aber als suus abstinirt hat, soll bekanntlich das ganze Prälegat erhalten.

Noch mehr: der Grund, welcher nach römischem Recht sonst den theilweisen Wegfall eines Prälegats bewirkt, die Confusion, ist im Falle der L. 75. laud. ganz undenkbar, da ja eben vor dem Erbschaftsantritt der Tod des Prälegatars erfolgt sein soll.

Und nun ist es gar Papinianus, dem man jene höchst auffallende Entscheidung in den Mund legt. Eben dieser Papinian aber war es, welcher in den anderen oben berührten Fällen die mildere Ansicht ausführte und vertheidigte [2]. Und in unsrer verwandten Frage soll nun derselbe Jurist eine strengere Ansicht aufstellen, und zwar ohne ersichtlichen Grund? Das ist nicht unwahrscheinlich — das ist unglaublich!

Sehen wir, wie die bisherigen Interpreten sich aus der Verlegenheit ziehen. — Einige sagen: es ist eine Singularität. Damit wird bekanntlich Nichts gesagt [3]. Andere — so schon die Glosse, Cujacius, jetzt auch von Vangerow [4] — geben folgende Erklärung: der Theil des Prälegats, welchen der Erbe sich selbst schulden würde, sei ein stillschweigend bedingter, nämlich unter der Bedingung hinterlassen: wenn der Prälegatar nicht Erbe werde. Diese Bedingung sei erfüllt, wo er ausschlage oder abstinire (?), nicht aber, wo er vor dem Antritt versterbe. Dann sei er pendente conditione gestorben, habe den Erwerb dieses Theils nicht erlebt, könne ihn also auch nicht transmittiren. — Aber — ganz abgesehen davon, daß man nicht einsieht, ob Interpretation aus dem Willen des Testa-

2) L. 87. D. de legat. I. — L. 18. § 2. D. de his quae ut indign. (34. 9.), — letztere Stelle aus derselben Schrift des Papinian.

3) Man sollte den interpretirenden prudentes billigerweise niemals „Singularitäten" zumuthen! Besser, man gesteht offen: non liquet.

4) Leitf. II. § 523 a. E.

tors oder irgend ein Gesetz den Grund für jene Annahme abgeben soll — von einer solchen tacita conditio ist in den Quellen nirgends eine Spur entdeckt worden. Sodann, wer bei dem abstinirenden suus aus Billigkeit Erfüllung der Bedingung annimmt, der muß doch vernünftigerweise in unserm Falle aus gleicher Billigkeit dasselbe fingiren.

Da die Sachen so stehen, muß schon der Versuch einer anderweitigen Erklärung der L. 75. laud. Billigung finden. Gelänge es aber gar zu beweisen, daß vom Prälegatar in der Stelle überall nicht die Rede ist, — dann würden wir ohne Zweifel berechtigt sein, bei dem Mangel einer Quellenentscheidung, den Satz aufzustellen:

> Der Prälegatar, welcher nicht Erbe wird — gleichviel ob er es werden nicht will oder nicht kann — transmittirt das erworbene Vermächtniß ganz und ungetheilt auf seine Erben.

2.

Das Fragment lautet folgermaßen:

L. 75. D. de legat. II. (31).

> Papinianus libro VI Responsorum[5].
>
> § 1. Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictae, post diem legatorum cedentem, ante aditam hereditatem vita decessit. Partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones, quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes ejus transmitti.

Zuvörderst ist zu betrachten, daß in dem casus, über welchen Papinian befragt worden, nicht der Ausdruck „Prälegat", sondern: praeceptio gebraucht war. Und zwar mehrere „praeceptiones." Demnächst sind nicht zu übersehen die „portiones", die Sub-

5) Das Principium des Fragments steht mit unserm § 1 in keinem Zusammenhange.

stitution der Miterben, und die verschiedenen Bedeutungen des Wortes „constiterunt.“ —

Nehmen wir einmal an, es habe das dem Papinian vorgelegte Testament etwa folgende Dispositionen enthalten:

„A soll zu $^1/_4$, B zu $^1/_8$, C zu $^1/_4$, D zu $^3/_8$ mein Erbe, und überdieß immer Einer dem Andern substituirt sein. Meinem Erben A vermache ich als praeceptiones: ein Capital von 6000, welches seine Miterben B und C, und ein Capital von 5000, welches seine Miterben C und D, nach ihren Antheilen entrichten sollen.“

Nun erlebt A den Tod des Testators („dies legatorum cedit“), stirbt aber bald darauf, ehe die Erbschaft angetreten ist. Sein Erbschaftsantheil ($^1/_4$) fällt an die substituirten Miterben („partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit“) und wird nach den bekannten erbrechtlichen Grundsätzen unter ihnen vertheilt. Die Berechnung ergibt, daß B zu $^1/_6$, C zu $^1/_4$, D zu $^1/_2$ Erbe wird. — Sodann sind von den beiden praeceptiones (6000 + 5000) für die drei Miterben die Theile festzustellen, auf welche jeder Einzelne von ihnen onerirt ist, und zwar nach Maßgabe ihrer nunmehrigen Erbschaftsantheile („praeceptionum autem portiones, quae pro parte coheredum constiterunt“), und dann von Jedem derselben an die Erben des A auszuzahlen („ad heredes ejus transmitti“). Die Berechnung ergibt, daß von dem ersten Vermächtniß (6000) jetzt B 2000, C aber 4000, — von dem zweiten Vermächtniß (5000) jetzt C 2000, B aber 3000 beizusteuern haben wird. Damit sind die portiones praeceptionum für den Antheil jedes Miterben, wie derselbe nach eingetretenem Substitutionsfalle sich gestaltet hat, festgestellt („pro parte coheredum constiterunt“), und die Erben des verstorbenen A erhalten Alles, was sie verlangen können, nämlich die ganzen praeceptiones ohne irgendwelchen Abzug.

Jetzt zur Rechtfertigung unsrer Behauptung, daß etwa obiger Fall dem Papinian vorgelegt, und in obiger Weise von ihm entschieden sein kann und wird.

3.

Nur Zweierlei kann in unsrer Auslegung den Schein der Willkürlichkeit an sich tragen. Erstens unsre Annahme, daß nur die Miterben, nicht der Vermächtnißnehmer selbst, durch das Testament onerirt worden. Indeß hoffe ich weiter zu zeigen, daß eben Dieß durch den Ausdruck „praeceptio“ sehr wesentlich unterstützt wird. Zweitens, daß wir das „constiterunt“ nicht in der Bedeutung: „Bestand haben“, sondern als „festgestellt sind, feststehen“ auffassen — Alles Uebrige steht geradezu in der Stelle, wenn man darin Nichts übersieht.

Aber — wird man uns einwerfen — warum bedurfte es für den obigen Fall überhaupt einer Entscheidung? Der casus hat ja gar nichts Besonderes, Zweifelhaftes. — Zunächst ist das kaum ein Einwurf. Denn darin besteht eben die gewöhnliche Thätigkeit des Respondenten, daß er gegebene Lebensverhältnisse unter oft ganz einfache Rechtsregeln subsumirt, deren jede einzelne für sich vielleicht Jedermann anwenden könnte. Der Fall fordert aber die richtige Combination der mehreren Rechtsregeln. Sodann liegt in unserem casus das Bedürfniß eines juristischen Gutachtens sehr nahe, denn es treffen die allerverschiedensten Rechtsverhältnisse zusammen. Endlich ist die Berechnung der einzelnen Beiträge keineswegs allzu einfach. Eben in einer solchen Berechnung besteht aber bekanntlich der ganze Inhalt vieler erbrechtlichen Responsen in den Digesten. Zerlegen wir einmal den Fall in seine Bestandtheile.

1. Es handelt sich um Vermächtnisse an einen zum Erben Eingesetzten — um die Wirkung des Todes desselben nach Erwerb der Vermächtnisse, vor Antritt der Erbschaft — um mehrere Miterben — die sich gegenseitig substituirt sind — um die Wirkung des eingetretenen Substitutionsfalles. Alle diese Umstände und die darauf anzuwendenden Rechtsregeln sind zu combiniren. Welcher Laie ist dazu im Stande?

2. Auch die Berechnung der Beiträge ist keine ganz einfache Sache; denn

a. Zuvörderst sind mehrere Miterben[6] — etwa, wie oben angenommen, drei derselben — onerirt.

b. Deren Erbtheile sind aber durch den Tod des einen Miterben (und Vermächtnißnehmers), also dadurch daß der Substitutionsfall eingetreten, verändert worden.

c. Dem Verstorbenen waren mehrere Vermächtnisse (praeceptiones) hinterlassen und bereits von ihm erworben. Hier wächst die Schwierigkeit, selbst wenn mit allen alle Miterben gleichmäßig onerirt waren. Um so mehr dann wenn, wie oben angenommen ist, mit dem einen die einen (B und C), mit dem anderen die andern (C und D) onerirt waren.

4.

Der Rechtfertigung bedarf nunmehr vor Allem, daß ich „praeceptio" nicht für ein Prälegat halte, vielmehr für einen Gegensatz davon. Soll ich meine Auffassung von vornherein ganz kurz zusammenstellen, so bedeutet praelegatum (technisch) das Vermächtniß an einen von mehreren Erben, mit welchem alle Miterben, folglich auch der Vermächtnißnehmer selber, onerirt sind, oder wie man gewöhnlich sagt, „das einem von mehreren Erben ohne Bestimmung des Onerirten gegebene Vermächtniß"[7]. Praeceptio dagegen bedeutet technisch: das Vermächtniß an einen unter mehreren Erben, mit welchem nur die Miterben, alle oder einige, nicht aber der Vermächtnißnehmer selber, onerirt sind[8].

Wer den Abschnitt in des Gajus Institutionen[9], welcher das

6) Und vielleicht (s. oben 2) gleich anfangs zu verschiedenen Theilen instituirte.

7) Vgl. Puchta Pand. § 526. Doch ist die Definition nicht erschöpfend, da sie den Fall, wo ausdrücklich Alle Erben onerirt sind, ganz übersieht.

8) Keineswegs übersehe ich, daß praeceptio und praelegatum auch promiscue gebraucht werden, z. B. in L. 32. de legat. III; aber dieß geschieht doch nur, wo auf die Bezeichnung weiter Nichts ankommt. Ueber die weitere und engere Bedeutung von Praeceptio s. unten Näheres.

9) Gaj. Inst. II. §§ 216 — 224.

legatum per praeceptionem behandelt, unbefangener und wiederholter Prüfung unterzieht, wird vielleicht mit mir zu dem Resultat gelangen, daß für das ältere Recht die Auffassung der Sabinianer unzweifelhaft die richtige gewesen. Jene vierte Form des civilen Legats, so ausgedrückt: Lucius Titius hominem Stichum praecipito — konnte einzig und allein einem Erben gültig hinterlassen werden. Denn nur bei diesem hat es einen Sinn, daß er etwas zum Voraus zu nehmen („praecipuum sumere") angewiesen wird, was er „extra portionem hereditatis" haben soll; zum Voraus, nämlich vor oder bei dem Erbschaftsantritt. Außer dieser Beschränkung in der Person des Honorirten sind auch die übrigen, rücksichtlich des Gegenstandes, der Geltendmachung u. s. w., welche Gajus näher anführt, consequenterweise anzunehmen, wenn dieses Legat von den drei andern Formen sich unterscheiden soll. Im ältern Recht bezeichnete demnach praeceptio ohne Zweifel ganz allgemein jedes Legat, das einem Erben hinterlassen ist, dieser also zum Voraus nehmen soll.

Ganz anders gestaltete sich aber das geltende Recht seit dem S. C. Neronianum, welches bekanntlich zur Annäherung und damit zur Verschmelzung der civilen Legatformen den ersten Grund legte, und an welches die Interpretation auch hinsichtlich des legatum per praeceptionem anzuknüpfen pflegte (Gaj. l. l. §§ 218 sqq.). Der strenge Begriff des alten Präceptionslegats mußte mehr und mehr hinschwinden, und für das neuere zu ihrer Zeit praktische Recht war es gewiß nicht unbegründet, wenn die Proculianer jetzt jene Form als Vindicationslegat auffaßten, im Widerspruch gegen das starre Festhalten der Sabinianer an der alten Bedeutung. Daher gelang es auch Ersteren für ihre Meinung als die jetzt praktischere die Billigung durch den Kaiser Hadrian zu erreichen.

War aber damit der technische Begriff: praeceptio ganz weggefallen? Gewiß nicht. Nur darauf kam es nunmehr an, demselben eine beschränktere und mehr materielle Bedeutung zu geben. Die Gelegenheit fand sich bald. Fortwährend kamen solche letztwillige Dispositionen zur Sprache, welche Vermächtnisse an einen

von mehreren Erben enthielten. War nun nichts Näheres über die Onerirung aus dem Testamente zu ersehen, so nannte man ein solches Vermächtniß Prälegat. Und es bildete sich für dasselbe durch Juristeninterpretation jene Theorie, deren Subtilität wir noch heutzutage mit einem Gefühle anstaunen, das zu sehr mit Verwunderung gemischt ist, um Bewunderung heißen zu können —: die Lehre vom Prälegat[10]. — Nun gab es aber nicht wenige Fälle, in denen diese subtile Theorie ganz offensichtlich dem Willen des Erblassers selber widersprach. So, wenn derselbe geradezu nur die Miterben des Vermächtnißnehmers, alle oder einige, onerirt hatte. Die ganze Lehre von der Confusion pro parte, also eben die Prälegatentheorie, war hier nicht anwendbar. Ihre Unanwendbarkeit konnte man gerade dadurch am Einfachsten hervorheben, daß man fortan hierfür des althergebrachten Terminus „praeceptio", und zwar in dieser engeren Bedeutung, sich bediente. Um so mehr dann, wenn der Erblasser selber eben so sich ausgedrückt hatte! Was konnte näher liegen, als diese Terminologie? Der Voraus des Erben, welchen vor dem Antritt zu nehmen ihm gestattet worden, war ihm früher ganz und ungeschmälert zugefallen, wie jedem andern Legatar. Ebenso war nun bei der neueren Gestaltung des Instituts dasjenige Legat, welches die Miterben an einen Erben zu entrichten hatten, des Letzteren Voraus (praecipuum), der ihm unfehlbar ganz und ungeschmälert zufallen mußte. — So entstand folgende Terminologie:

Praeceptio im weiteren Sinne ist: Jedes Vermächtniß an einen Erben[11]. — Es zerfällt in:

A. Praelegatum d. h. dasjenige Vermächtniß, bei welchem

a. entweder ein Onerirter überall nicht genannt ist,

10) Wie begriffswidrig dieselbe, und überhaupt die gesammte Confusionslehre, an sich ist, wie sehr sie auch dem muthmaßlichen Willen des Erblassers widerspricht, kann ich hier natürlich nicht näher ausführen. Zum Theil ist das auch von Andern bereits geschehen.

11) In diesem Sinne konnte man also auch das Prälegat als praeceptio bezeichnen. Vgl. außer andern die Stelle der Not. 8.



b. oder ausdrücklich alle Erben — also auch der Vermächtnißnehmer selber — als Onerirte genannt sind.

B. Praeceptio im engeren Sinne d. h. dasjenige Vermächtniß, mit welchem

a. nur die Miterben allein — nicht aber der Vermächtnißnehmer selber — und zwar alle oder einige derselben, onerirt sind.

b. das Vermächtniß des Fiduziars [12].

Da somit praeceptio und praelegatum etwas ganz Verschiedenes bedeuten und durchaus verschiedene Wirkungen haben konnten, so war natürlich stets die engere Bedeutung (unter B. a.) zu vermuthen, wo — wie in unserm Fragmente — ein Erblasser geradezu des Ausdrucks „praeceptio" oder „praeceptiones" sich bedient hatte. Um so mehr dann, wenn er nun gar die onerirten Miterben ausdrücklich genannt, oder auch nur gesagt hatte, „welches seine coheredes substituti je nach ihren Erbschaftsantheilen an ihn entrichten sollen" oder etwas Aehnliches.

Es kann hiernach der von uns (s. 2.) supponirte Rechtsfall nach dem Wortlaute des Fragmentes selbst schwerlich das Gepräge irgend einer Willkürlichkeit an sich tragen. Papinian mogte kaum zweifeln, daß der Testator mit den „praeceptiones" nur solche Vermächtnisse habe meinen können, wie die oben sub B. a. bezeichneten, daß also auch die ganze Prälegatentheorie durchweg unanwendbar, und lediglich festzustellen sei, welche „portiones" die einzelnen Miterben jetzt (nach eingetretenem Substitutionsfall) zu den einzelnen Vermächtnissen würden beizutragen haben, damit die Erben des verstorbenen Präcipienten bekämen, was sie mit Recht fordern könnten, — natürlich die ganzen ungeschmälerten praeceptiones. Letzteres verstand sich nach dem Begriffe der praeceptio im engeren Sinne von selbst, da ja einzig die Miterben des verstorbenen Präcipienten als Onerirte anzusehen und im Testamente bezeichnet waren.

---

12) L. 27. § 14. D. ad SC. Trebell. (36. 1) u. a. m. — Bekanntlich wechseln hier die Ausdrücke: praecipere, retinere, deducere. Vgl. Vangerow Leitf. II. § 536. Anm.

5.

Wir haben oben das „constiterunt" in der Bedeutung „festgestellt sein, feststehen, ermittelt sein" aufgefaßt. Dagegen muß es die gewöhnliche Ansicht über den Sinn des Fragments erklären durch „rechtlichen Bestand haben, rechtsbeständig, gültig sein."

Daß beide Bedeutungen in unsern Quellen außerordentlich häufig vertreten sind, und daß es daher immer auf dem Zusammenhange beruhen muß, welche vorzuziehen sei, darf ich als ausgemacht annehmen [13]. Auch ist es offenbar gleichgültig, ob man das Wort in beiderlei Bedeutung von consistere oder constare ableiten mag. Dazu kommt, daß die beiden verschiedenen Erklärungen nur geringe Abweichungen in der Färbung eines und desselben Grundgedankens wiedergeben, und häufig zu gleichem Resultat führen.

In unserer Stelle will also Papinian durch die Worte: „portiones, quae pro parte coheredum constiterunt" nur ausdrücken: „die Beitragsquoten, welche sich je nach dem Antheil der Miterben herausgestellt (festgestellt) haben." Keineswegs aber meint er, daß die Vermächtnisse nur für den Antheil der Miterben rechtlichen Bestand haben, für den des verstorbenen Erben und Prälegatars aber erloschen sind.

Wie sehr in allem Uebrigen der einfache Wortlaut des Fragments unsre Interpretation unterstützt, wird endlich aus folgender möglichst wörtlichen Uebersetzung einleuchten:

> „Ein zum Theile als Erbe Eingesetzter, welchem praeceptiones hinterlassen waren, ist nach dem dies cedens der Vermächtnisse, vor dem Antritt der Erbschaft, verstorben. Ich habe entschieden (placuit): daß sein Erbschaftsantheil den substituirten Miterben angehöre, die Beitragsquoten zu den

13) Nur als Beispiele für erstere Wortbedeutung mögen dienen: zunächst das Princ. unseres fragm. 75. selbst („constitit"; darauf folgt sogleich „consistere" in der zweiten Bedeutung: gelten, Bestand haben), — dann L. 122. § 4. D. de V. O. (45. 1). L. 18. D. de exception. L. 16. D. de serv. corrupto. L. 8. § 8. D. mandati. —

praeceptiones aber, welche je nach dem Antheile der coheredes sich herausgestellt haben, auf seine Erben transmittirt werden."

Welch eine Menge von Singularitäten und Widersprüchen wir durch diese einfache Erklärung von den Digesten, ja welchen Selbstwiderspruch eben vom Papinian fern halten, ist oben (unter 1.) gezeigt. Und auch die fernere Consequenz ist bereits ebenda gezogen worden, daß die Frage:

> ob der Prälegatar, welcher nach dem Erwerbe des Prälegats aber vor dem Erbschaftsantritt verstorben ist, das ganze Prälegat auf seine Erben transmittire; —

durch unser fragm. § 1. de legat. II. in keiner Weise berührt wird, da in demselben durchaus nicht von praelegata, sondern von praeceptiones die Rede ist.

II.

Die justa causa traditionis als Voraussetzung des Eigenthumsüberganges.

(Vereinigung von L. 35. D. de adquir. rer. domin. (41. 4.) mit L. 18. D. de reb. credit. (12. 1.)).

Die justa causa traditionis bildet ein Rechtsgeschäft, welches den Willen Eigenthum zu geben und zu empfangen motivirt. Ueber **eine solche** causa, **nicht aber über dieselbe** causa, muß Uebereinstimmung herrschen. — Hierüber sind in obigen Stellen Julianus und Ulpianus vollkommen einverstanden.

1.

Als ein Erforderniß der wirksamen Eigenthumsübertragung wird allgemein, und mit Recht, die s. g. justa causa traditionis aufgestellt. Der Wille der betheiligten Personen muß wahrhaft auf hervorzubringende rechtliche Wirkung gerichtet sein — ist dieses aber

nur dann, wenn er eine vernünftige Grundlage hat. Diese Grundlage kann lediglich in dem Bewußtsein einer solchen causa bestehen, welche eben auf Eigenthumsübergang als Folge gerichtet ist. Nur ein solches Rechtsgeschäft kann den Grund eines vernünftigen Traditionswillens bilden. Wer zu schenken beabsichtigt, wer seine Sache verkauft zu haben überzeugt ist, — andererseits, wer zu Darlehn empfangen will — dessen Wille Eigenthum zu geben oder zu empfangen, hat eine vernünftige rechtliche Grundlage. Ganz anders der, welcher zu bloßem Gebrauch überliefern oder empfangen, welcher ex commodato oder gar ex deposito geben und nehmen will.

Ueber eine solche zu Grunde liegende causa nun, welche ihrer rechtlichen Natur nach auf Eigenthumsübertragung gerichtet sein kann, müssen Parteien auch übereinstimmen, nicht aber nothwendigerweise über dieselbe causa. Mit andern Worten: Insoweit muß Consens vorliegen, daß beide eine auf Eigenthumsübergang gerichtete causa im Sinne haben; nicht erforderlich ist Consens über die Identität derselben; Zusammentreffen des Bewußtseins in derselben causa justa [1]. Ganz kurz und treffend sagt dieß Paulus in L. 31. pr. D. de adqu. rer. domin.:

> Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

Der Satz ist sehr natürlich. Denn zunächst gibt der bloße Akt der Ueberlieferung uns gar keinen Grund anzunehmen, daß nicht etwa bloßer Besitz oder gar Detention habe eingeräumt, sondern daß Eigenthum habe übertragen werden sollen. Ja, noch mehr. Nicht einmal die Erklärung, Eigenthum überliefern zu wollen, gibt uns Anhalt für die Ueberzeugung, daß ein entsprechender Wille dieser Erklärung zum Grunde liege. Sie konnte ja auf einem bloßen Sprech-

1) Die Römer würden das etwa so ausdrücken: Consensus de justa causa, non de eadem justa causa traditionis. Vgl. außer der im Texte citirten L. 31. pr. auch L. 55. D. de O. et A. (44. 7.), deren erste Worte ergeben, daß, wenn in der Vulgata die Worte „sive conductio" fehlen, dieß die allein richtige Lesart sein wird.

oder Denkfehler beruhen, also ohne Willen geschehen sein. — Hiermit stimmen auch dem Sinne, wenn gleich nicht den Worten nach die Ansichten unserer Schriftsteller überein.

Was nun Paulus kürzer und mehr negativ ausdrückte, das erklärt Julianus weitläufiger und mehr positiv in der berühmten L. 36. D. de adq. rer. domin.:

> Quum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto cur inefficax sit traditio: veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

Offenbar hält Julian nicht die Uebereinstimmung über eine causa dominii transferendi überhaupt d. h. eine solche, welche auf Eigenthumsübertragung gerichtet sein kann, für überflüssig — das zeigen schon die Beispiele, welche er wählt — aber wohl den Consens de eadem causa, über eine identische causa. So viel steht ja in allen jenen Fällen fest: auf eine causa dandi et accipiendi geht das Bewußtsein beider Theile hinaus, sie dissentiren nur über die causa dandi et accipiendi. Dieß sagt der Jurist sogar wiederholt im Anfange des Fragments und am Ende mit ähnlichen Worten und in ganz gleichem Sinne. Und auch den Schein eines Zweifels aus dem „non animadverto cur“ entfernt er durch das folgende sehr bestimmte: constat.

Dennoch meint man, diesem Resultate des Julian, welches so sehr der Natur der Sache entspricht, widerspreche direkt ein anderer Jurist, nämlich Ulpianus in L. 18. D. de rebus creditis. Eben unter Anführung des einen der Fälle, welche Julian angeführt hat: wo der Geber schenken, der Empfänger zu Darlehn nehmen will. Ja, noch mehr. Während er eben den Julian dabei citirt, soll Ul-

pian sich ganz beiläufig dahin aussprechen, daß in einem solchen Falle Eigenthum nicht übergehe!

2.

Es würde in der That zu weit führen, wenn wir hier auch nur die Mehrzahl aller der Vereinigungs- oder Erklärungsversuche anführen oder widerlegen wollten, welche die beiden vielbesprochenen Stellen in alter und neuerer Zeit hervorgerufen haben [2]. Nur ein paar Worte über die Ansicht von Vangerow's [3] und Puchta's [4].

Ersterer kann nicht einmal widerlegt werden, da er selbst nicht angibt, was man sich unter dem Eigenthum an einer „ganzen Summe" im Gegensatz zu dem an „den einzelnen Münzstücken" vorstellen soll. Gegenstand des Eigenthums kann nur eine einzelne in sich abgegrenzte Sache (certa res) sein, also auch ein Geldstück, oder — vermöge einer Fiction durch Gesetz oder Gewohnheit — gewisse Complexe von Sachen, die juristisch als Eine Sache behandelt werden (universitates rerum) [5]. Zu keinem von beiden gehört die s. g. „Summe". Man kann darunter nur die willkürlich erdachte stets wechselnde Collectivbezeichnung für einen Inbegriff von Geldstücken verstehen, welcher eine Person sich bedient; einen juristischen Begriff, eine juristische Einheit bildet sie nicht. In der That würden wir durch die Zumuthung, daß er ein Eigenthum an der Summe als solcher supponire, dem Ulpian allzu großes Unrecht thun.

Puchta dagegen scheint zunächst sich selbst zu widersprechen. Denn er sagt a. a. O. „Einen Widerspruch mit dieser Stelle (L. 36. laud.) finden wir in L. 18" u. s. w., — gleich nachher aber „Ulpian wi-

2) Noch die neuesten Lehrbücher der Pandekten erklären die bisherigen Vereinigungsversuche für unbefriedigend, z. B. Arndts (2te Aufl.) § 145. Anm. 4. (Einige der dort citt. Schriften sind mir nicht zugänglich gewesen.) Selbst von Scheurl Beiträge I. scheint in seiner lichtvollen Abhandlung VIII. unsre Stellen für ganz unvereinbar zu halten.

3) Leitf. § 311. Anm. 3.

4) Vorles. I. Beil. XV. a. E.

5) S. jetzt Girtanner: die Rechtsstellung der Sache in Gerbers und Iherings Jahrbb. Bd. III. Abh. II. S. 95 fgg.

derspricht dem Princip nicht, er macht nur keine Anwendung davon im vorliegenden Fall." Sehen wir indeß davon ab, so muß Puchta doch einräumen, daß, wenn Ulpian wirklich von Julian abweicht, er nicht bloß keine Anwendung von des Letzteren Princip macht, sondern demselben geradezu widerspricht, indem er ja sagt „numos accipientis non fieri (puto)." In der That beschränkt Puchta sich auch im Weiteren darauf, die „ungenaue Behandlung der Eigenthumsfrage," den „Irrthum" dadurch zu erklären, daß dem Ulpian eigentlich nur um die obligatorische Seite des Geschäfts zu thun war. —

Sollte es nicht der Mühe sich lohnen, den Juristen — und nicht minder die Compilatoren Justinians — von dem Vorwurfe solcher Gedankenlosigkeit und Ungenauigkeit zu befreien? Ich will im Nachstehenden den Versuch machen.

Schon die Vermuthung streitet dabei für uns. Denn eben die Ansicht des Julian ist es, welche Ulpian citirt. Und, während er denselben citirt, sollte er aus Versehen eine abweichende Meinung äußern? War Letzteres aber seine Absicht, dann lag es doch sehr nahe zu sagen: „in diesem Punkt aber stimme ich mit Julian nicht überein." Davon steht nun eben in der Stelle Nichts.

3.

Es ist wahr, Ulpian beschäftigt sich vorzugsweise nur mit den obligatorischen Wirkungen. Dennoch berührt er auch beiläufig die Eigenthumsfrage [6]. Wollen wir hinsichtlich der letzteren allen Widerspruch entfernen, so müssen wir das ganze Fragment (L. 48. de reb. cred.) — nicht bloß, wie gewöhnlich geschieht, dessen principium — einer Erklärung unterwerfen. Der Hauptfehler der bisherigen Interpretationen liegt meines Erachtens eben darin, daß dieselben lediglich das principium ins Auge faßten, nicht den gesammten Inhalt, — eine Trennung, welche eben so willkürlich ist als

6) Julian in L. laud. dagegen behandelt sie ex professo. Daher von Seiten der Compilatoren die Stellung der beiden Fragmente in verschiedene Titel.

die Paragrapheneintheilung und Interpunction der Digestenfragmente überhaupt. Die ganze Stelle muß im ungetrennten Zusammenhange aufgefaßt werden.

Nehmen wir einmal an — und damit stimme ich vollkommen überein — die wenigen Worte Ulpians, welche so großen Anstoß erregt haben, enthielten eine ganz beiläufige und für den Hauptinhalt des Fragments unwesentliche Bemerkung. Dann wird es nicht ungereimt, der Uebersichtlichkeit vielmehr förderlich sein, wenn wir dieselbe, als eine so zu sagen parenthetische Zwischenbemerkung, vor der Hand ganz ignoriren. Ich meine die Worte:

> — magisque numos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit.

Die Erklärung derselben wird dann unten (4) sehr leicht gegeben werden können.

L. 18. D. de reb. credit. — Ulpianus libro VII Disputationum.

> Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit, donationem non esse [7]. Sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse. — — — [8] Quare si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia s e c u n d u m v o l u n t a t e m d a n t i s numi sunt consumti. — —

Bleiben wir hier einstweilen stehen.

Ulpian citirt den ältern Juristen Julian, welcher schreibe: wenn A dem B Geld gegeben in der Absicht denselben zu b e s c h e n k e n, B (der ihn nicht richtig verstanden) es angenommen habe in

7) Vermuthlich hat Julian das eben im 13ten Buch seiner Digesten gesagt, und zwar im Zusammenhang mit den Worten des fragm. 86. Daß er Recht hat, wenn er die donatio leugnet, und warum, wird sich unten zeigen. —

8) Hier folgt die vorläufig aufgeschobene Zwischenbemerkung. —

der Meinung, es sei ihm zu Darlehn gegeben, dann sei keine Schenkung zu Stande gekommen. — Soweit Julian.

Nun freilich, — so werden die meisten Juristen sprechen — daß es keine Schenkung ist, versteht sich von selbst. Denn diese bedarf der Acceptation, kommt nur durch Vertrag zu Stande. — Wenn das wahr ist und den Grund der Entscheidung bildet, dann hat Julian eine Trivialität ausgesprochen. Ich kann nicht umhin, meine Ansicht[9] dahin auszusprechen, daß die donatio, wie jede andere Liberalitätshandlung, der Vertragsform keineswegs bedarf, sondern ihrem einfachen Begriffe nach[10] ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, daß dieselbe lediglich den animus donandi und eine dieser causa zufolge wirklich eingetretene Vermögensveränderung — diesseits Minderung, jenseits Bereicherung — voraussetzt, und daß dieß auch die Meinung des Julian wie des Ulpian gewesen. — Der Grund dagegen, weshalb in obigem Falle zur Zeit noch d. h. unmittelbar nach der Hingabe des Geldes — keine donatio vorliegt, ist vielmehr dieser: Weil bis jetzt weder Minderung noch Bereicherung des Vermögens eingetreten. Der Empfänger hat noch nicht consumirt (davon unten).

Ulpian will nun untersuchen: ob denn ein mutuum etwa vorliege. „Und ich halte dafür, es ist kein Darlehn", antwortet er sogleich. Nicht einmal den Grund gibt er an. In der That liegt derselbe allzunahe: ein mutuum entsteht nicht durch res allein, sondern durch Realvertrag. Von einer Uebereinkunft — pactum

---

9) Eine Ansicht, die ich an diesem Orte nicht näher ausführen kann. Vgl. Savigny System B. IV. S. 146.

10) Freilich kann sie durch Vertrag entstehen; allein der Vertrag ist dann lediglich eine willkürliche Form der Entstehung in concreto, und hat mit dem Wesen des Schenkungsbegriffs Nichts zu schaffen. — Der Vertrag ist überhaupt ja nur eine Form eines Rechtsgeschäfts, bald die ausschließliche, bald nicht. Niemals kann aber ein Rechtsverhältniß (obligatio, Ehe, potestas, Sachenrecht rc.) ein Vertrag sein. Dennoch kommt leider diese Ausdrucksweise vor.

mutui — war hier ja gar keine Rede. — Durch obigen Vorgang ist also weder donatio noch mutuum perfekt geworden.

Nunmehr erst wendet sich Ulpian zu seiner Hauptfrage. Der B hat weder eine Schenkung noch ein mutuum empfangen. Allein das Geld hat er doch einmal in Händen. Wie nun, wenn er es ausgegeben, consumirt hat? — Sogleich folgt die vollkommen richtige Entscheidung: der A hat donandi animo gegeben; jetzt erfährt er, daß B geglaubt, ein mutuum zu contrahiren, und daß das Geld consumirt worden. Gesetzt, er will nun von B condiciren. Mit welcher condictio? An die condictio mutui kann Ulpian nicht denken. Denn früher lag kein pactum mutui vor, und dessen nunmehrigem Hinzutreten steht, wie wir sogleich sehen werden, die mittlerweilige Perfection der Schenkung durch die Consumtion als eine bereits vollendete Thatsache entgegen. Er meint ohne Zweifel die condictio sine causa, und sagt von derselben: an sich stehe die Klage zu („licet condictione teneatur"). Ganz richtig; an sich und ursprünglich ist weder die causa donationis noch die causa mutui vorhanden, das Geld sine causa an den B gelangt. — Allein es ist dolus des Gebers, das zurückzufordern, was er hat schenken wollen, jetzt nachdem das Gegebene consumirt ist; durch exceptio doli wird die condictio des A ausgeschlossen. — Den eigentlichen Grund der Einrede fügt der Jurist ausdrücklich hinzu: quia secundum voluntatem dantis numi sunt consumti. Ich mögte ihn so erklären: Du hast donandi animo gegeben; jetzt habe ich consumirt, bin also bereichert; dadurch ist eine donatio perfekt geworden. Berufung also auf die jetzt — mit der Consumtion — perfekt gewordene Schenkung, in Form einer exceptio doli gegen die condictio sine causa, bewirkt Absolution des B.

Ist diese Erklärung die richtige — und das bezweifle ich schon deshalb nicht, weil sonst nicht motivirt erscheint, warum auf geschehene Consumtion des Geldes Gewicht gelegt wird —, dann muß in unsrer L. 18 ein ganz entschiedener Beweis für die Nichtvertragsnatur der Schenkung gefunden werden. Denn eine Acceptation ist niemals erfolgt. Auch nicht etwa durch Vorschützung der exceptio

doli. Diese würde nach erfolgtem Widerruf der Offerte zu spät gekommen sein. — Sobald B consumirte, lag Alles vor, was zur Schenkung gehört: dort animus donandi uud Vermögensminderung, hier Bereicherung [11].

In wesentlichem Zusammenhange mit dem Obigen steht nun der folgende Theil des Fragments:

> (§. 1.) Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est. Idem est, et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi. Sed in utroque casu consumtis numis condictioni sine doli exceptione locus erit. —

Hier werden auf der einen Seite, sei es des Gebers oder des Empfängers, solche Rechtsgeschäfte als beabsichtigt angeführt, welche nicht einmal einen Uebergang in das Vermögen des Empfängers zur Folge haben. Diese Rechtsgeschäfte selbst (depositum — commodatum) können nur durch Uebereinkunft oder doch nur mit Uebereinkunft zu Stande kommen. Da es hieran fehlt, so kann von einem perfekten negotium nicht die Rede sein. Ebensowenig aber von Eigenthumsübergang, da der entsprechende Wille entweder des Gebers oder des Empfängers gänzlich fehlt, derselbe überall keine causa traditionis im Sinne gehabt hat. — Im ersten der beiden Fälle steht dem Geber ohne Zweifel die Vindication zu. Aber auch im zweiten Falle, da der Empfänger nicht zu Eigenthum, sondern nur zu Gebrauch, zur Ausstellung („ostendendi gratia") [12] hat nehmen wollen. — So vor der Consumtion. Ist aber consumirt worden — so fährt Ulpian fort — dann steht der condictio (sine causa) des Gebers keine exceptio doli, keine Berufung auf den Willen des Gebers oder auf ein dennoch hinterher perfekt gewordenes Rechtsgeschäft (wie oben) entgegen.

---

11) Auf Wissen des B um die Schenkungsabsicht des A kommt gar nichts an.

12) Dieß ist hinzugefügt, um aufzuklären, wie hier pecunia zum Commodat gewünscht sein konnte.

4.

Stellen wir jetzt die wesentlichen Merkmale zusammen, in welchen der casus des ersten Theils (Principium) von den casus des zweiten Theils (§ 1) des Fragments sich unterscheidet. Dort war zwar durch die bloße Hingabe ein Rechtsgeschäft nicht entstanden, wohl aber durch das Hinzutreten der Consumtion (donatio); das Eigenthum an den numi dagegen war sofort mit der Hingabe auf den Empfänger übergegangen, die Vindication des Gebers also schon damals weggefallen. Dieß Letztere konnte etwa so ausgedrückt werden: numi accipientis facti sunt, quum ea ipsa opinione (d. h. in der Meinung, Eigenthum zu empfangen) acceperit. Ulpian übergeht dieß mit Stillschweigen, da es ihm ex professo lediglich darauf ankommt, jene obligatorische Seite des casus zu erörtern. — Hier dagegen — nämlich in den Fällen des § 1. — verhält es sich ganz anders. Weder durch die Hingabe und den Empfang der pecunia noch durch die spätere Consumtion ist irgend ein Rechtsgeschäft perfekt geworden; ferner ist aber auch nicht einmal Eigenthum an den Empfänger übergegangen. Denn, wo A zu Depositum überliefern wollte, da überlieferte er nicht zu Eigenthum, sondern zu bloßer Detention; also: numi accipientis facti non sunt, quum alia opinione dederit. Und wo B zu Commodat annehmen wollte, da empfing er nicht zu Eigenthum, sondern zu bloßer Detention, also: numi accipientis facti non sunt, quum alia opinione acceperit. Auch diese Eigenthumsfrage hat Ulpian zwar ex professo nicht erörtern wollen, — wohl aber, wie sich sogleich ergeben wird, beiläufig und nur theilweise, durch eine eingeschobene Bemerkung.

Nunmehr wird es möglich sein, die vielbestrittenen Worte der L. 18, welche wir oben vorläufig ignorirt haben, aus dem gesammten Zusammenhange zu erklären, nämlich:

> — magisque numos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit.

Stellen wir uns hinsichtlich der Eigenthumsfrage auf den

Standpunkt des Empfängers — und dieser mußte dem Ulpian am Nächsten liegen, da er die Statthaftigkeit einer exceptio doli untersuchen wollte, — so stehen in direktem Gegensatze zu einander der casus des Principium und der zweite casus des § 1. fragm.

a. Wo als donatio gegeben, aber zu Darlehn empfangen ist, da ist auch des Empfängers Wille auf Eigenthumsübergang gerichtet, mit Bezug auf sein künftiges Recht am Gelde ist er gleicher Meinung mit dem Geber. Also: qui accepit, is eadem opinione accepit.

b. Wo zu Darlehn gegeben, aber zu Commodat empfangen ist, da ist der Wille des Empfängers auf Eigenthumsübergang nicht gerichtet, mit Bezug auf sein künftiges Recht am Gelde ist er anderer Meinung als der Geber. Also: qui accepit, is alia opinione accepit.

Daraus folgt, daß der Empfänger wohl im ersten, nicht aber im zweiten Falle, Eigenthümer des Geldes geworden sein kann.

Wollte daher Ulpian die Eigenthumsfrage erschöpfend behandeln, dann konnte er nach den Worten: Et puto, nec mutuam esse — so fortfahren: „sed numos accipientis fieri, quum ea ipsa (eadem) opinione acceperit." In ähnlicher Weise konnte er dann im § 1. nach den Worten: — ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi — hinzusetzen: et puto, numos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperim (acceperit)[13].

Eben diese letzten Worte finden wir nun wirklich in der L. 18., aber freilich an einer andern Stelle, und dort ganz beiläufig eingeschoben, und zwar so, daß man auf den ersten Blick fast glauben könnte — was denn auch bei der herrschenden Interpretation Glauben findet — sie seien auf den casus zu beziehen, wo der Empfänger als mutuum angenommen hat. Daß aber dieß schwerlich richtig sein kann, ergibt sich einmal aus dem Einleitungsworte: magisque, welches nach dieser Interpretation ganz überflüssig erscheint — und dann aus den Schlußworten: quum alia opinione acce-

13) Daß dieß die Ansicht des Ulpian gewesen, wird Niemand bezweifeln.

perit. Denn wenn vom Empfange zu Darlehn die Rede ist, so ist hinsichtlich des Eigenthumserwerbs auf Seiten des Empfängers eben nicht alia opinio vorhanden, sondern das Gegentheil: eadem opinio! —

Ulpian allegirt im Fragm. 18. den von Julian aufgestellten casus:

„Wenn ich Dir Geld in Schenkungsabsicht gegeben habe, Du es annimmst als wäre es Darlehn, dann liegt keine donatio vor. Wir wollen sehen, ob Darlehn vorliegt. Und ich (Ulpian) meine, es ist auch kein Darlehn."

Hier fällt ihm ein: Aber wie, wenn Du (Empfänger) ein anderes Geschäft im Sinne hattest? Etwa ein solches, welches gar nicht auf Eigenthumsübergang gerichtet ist, z. B. Commodat. Dann ist nicht bloß weder donatio noch Commodat vorhanden, sondern es tritt nicht einmal Eigenthumserwerb von Seiten des Empfängers ein — während dieß in jenem casus des Julian unzweifelhaft ist, — und zwar, weil Empfänger überall nicht zu Eigenthum, wie dort, sondern alia opinione empfangen hat. Diesen beiläufigen Einfall deutet er mit den eingeschobenen Worten an:

— magisque (puto), [14] numos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit. (d. h. Ja noch mehr, die Geldstücke werden nicht einmal des Empfängers, wenn [15] er etwa in einer andern Meinung (z. B. als Commodat, also zu Detention) empfangen hat).

Damit hat Ulpian den entgegengesetzten casus (s. oben sub b.) vorläufig anticipirt, sich im Voraus vergegenwärtigt. Doch verschiebt er noch die nähere Betrachtung, um nicht länger den Zusammenhang zu unterbrechen, und kehrt wieder zu seinem casus (s. oben sub a.) und der obligatorischen Seite desselben zurück. —

14) In ähnlicher Weise kommt magis puto vor, z. B. in L. 10. D. de stat. hom. L. 14. § 1. D. comm. divid. L. 21. pr. D. de donat. i. v. et uxor. —

15) Die gewöhnliche Interpretation muß quum durch „weil" wiedergeben.

Hieraus wird meine Erklärung der L. 18. klar geworden sein. Daß im casus a Eigenthumsübergang stattfinde, hatte schon Julian gesagt (L. 36 laud.). Eine Wiederholung schien dem Ulpian überflüssig, angemessen nur eine beiläufige, eingeschobene Hindeutung auf den entgegengesetzten casus b (den der alia opinio accipientis z. B. des Commodats), welchen er selbst späterhin zu erörtern sich vorbehält, Julian gar nicht erwähnt hatte.

Mogte es immerhin deutlicher sein, jene Zwischenbemerkung zu unterlassen, erst im § 1. dieselbe einzuschieben, — ganz natürlich fand das Einschiebsel schon hier im Principium seine Stelle, eben weil Julians Erörterung der Eigenthumsfrage den Anstoß dazu gegeben hatte. Und hat denn die Anticipation, welche in den Worten magisque numos etc. liegt, irgend etwas Auffallendes an sich? Konnte doch Ulpian glauben, jedem Mißverständniß dadurch vorgebeugt zu haben, daß er auf die alia opinio des Empfängers — den Empfang nicht zu Eigenthum, sondern in anderer Meinung — ausdrücklich aufmerksam machte!

Eine Unterstützung findet meine Erklärung der Worte Ulpians noch darin, daß von den drei Fällen, die er aufstellt, eben nur der eine, welcher im § 1. als zweiter auftritt (Empfang zu Commodat), die alia opinio accipientis voraussetzt. Es heißt da ja geradezu: si — — ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi. Eben dieses hatte er schon oben beiläufig anticipirt verb.: „quum alia opinione acceperit."

Wenn diese Erklärung der L. 18. laud. richtig ist — und dieß scheint mir deshalb eingeräumt werden zu müssen, weil sie den Worten nach möglich und nicht gekünstelt ist, und einen höchst auffallenden Widerspruch aus den Digesten entfernt, — dann stimmte Ulpian, während er die obligatorische Seite seiner casus erörterte, hinsichtlich der Eigenthumsfrage vollständig mit Julian dahin überein:

> Wo bei der Ueberlieferung einer Sache die Parteien zwar verschiedene, aber doch Beide solche Geschäfte im Sinne haben, welche auf Eigenthumsübergang gerichtet sind (justae causae traditionis), da wird Eigenthum erworben.

Ulpian fügt nur noch ganz beiläufig hinzu, was als Gegensatz sich dann von selbst versteht:

> Wo zwar bei dem Geber, nicht aber bei dem Empfänger, jene Voraussetzung zutrifft, letzterer also ein anderes, nicht auf Eigenthumsübergang gerichtetes, Rechtsgeschäft im Sinne hat („quum alia opinione acceperit"), da wird Eigenthum nicht erworben.

III.

Zur Lehre von Schenkungen unter Ehegatten.

(L. 23. D. de donat. int. vir. et uxor. 24. 1.)

Jede wirkliche Schenkung unter Ehegatten, auch das Schenkungsversprechen, convalescirt nach der Oratio Divi Severi durch den Tod des Schenkers vor dem Beschenkten. L. 23. D. laud. widerspricht dem keineswegs, sondern handelt von dem Falle, wo der Ehemann für einen Schuldner der Frau sponsor geworden ist.

1.

Sollte es im Nachstehenden gelingen, durch eine neue und eingängliche Interpretation des Fragments jeden Schein eines Widerspruchs mit anderen Stellen aus demselben zu entfernen, so wird es mir gestattet sein, von aller Polemik gegen dissentirende Ansichten abzusehen.[1] Unbefangene Auslegung der Quellen ist oft die wirksamste Polemik. Daher wird es zur Einleitung nur einiger historischen Bemerkungen bedürfen.

---

1) Einige Literatur findet sich bei Puchta Pand. § 425. N. n. Arndts Lehrb. (2. Aufl.) § 415. Anm 3. (woselbst gegen das Ende statt L. 23. pr. zu lesen ist: L. 33. pr. eod.), ein ausführlicheres Referat besonders bei Savigny, System &c. IV. S. 187 fg., dessen eigne Erklärung unter den bisherigen die annehmbarste sein dürfte. — S. jetzt auch Schmidt Methode der Ausl. der Justin. Rechtsb. Kiel 1855. §§ 62—64.

Nach altrömischem Gewohnheitsrechte waren Schenkungen unter Ehegatten verboten. Der Schenker war durch das Geschehene nicht gebunden; auch seine Erben nicht, selbst wenn Ersterer ohne Willensänderung gestorben sein mogte. Irre ich nicht, so lag der ursprüngliche Grund des Verbots darin, daß mit dem Aufkommen der freien Ehe das Familiengut und folglich das Anrecht der Agnaten hinsichtlich dessen, was ein Ehegatte in Händen hatte, gefährdet erschien, wenn Schenkung an den anderen Ehegatten, welcher ja oft einer anderen Familie angehörte, rechtsverbindliche Kraft hatte. Erst späterhin zog man zur Rechtfertigung eines uralten Rechtssatzes auch sittliche Prinzipien herbei [2], als die ursprüngliche historische Veranlassung — das Gütersystem der familia agnatorum — dem geltenden Rechte fremd zu werden anfing.

Eine gesetzliche Anerkennung fand überdieß das Verbot in der Einleitung der s. g. Oratio Divi Severi [3], eines Antrages an den Senat zur Zeit des Septimius Severus (reg. 193—211 n. Chr.), welcher zum Gesetz erhoben wurde. Die Oratio wird anderswo — so in L. 32. pr. D. h. t. — auch „Antonini Augusti" genannt, und zwar nach dem eigentlichen Antragsteller Antoninus Caracalla, dem Sohn und Mitregenten des Severus. Zeitgenossen beider Kaiser waren die Juristen Papinianus und der um etwas jüngere Ulpianus, welche sofort in ihren Schriften jene Oratio commentirten.

Die eigentliche dispositive Norm der Oratio finden wir referirt in L. 32. § 2. D. h. t. (Ulpianus):

> Ait Oratio: Fas esse, eum quidem, qui donavit, poenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus, qui donaverit, durum et avarum esse.

Dadurch war bestimmt, daß Schenkungen unter Ehegatten, ob-

2) L. 1. D. h. t.: Moribus apud nos receptum est, ne inter v. et ux. donationes valerent. Hoc autem receptum est (?) ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate.

3) L. 3. pr. D. h. t, —

gleich für den Schenker selber unverbindlich und stets widerruflich, durch dessen Tod ohne Widerruf bei Lebzeiten des Beschenkten — mit a. W. durch Vorversterben des Schenkers ohne geschehene Widerrufung — unanfechtbar werden sollten. Der Erbe kann dann nicht mehr widerrufen oder anfechten, kann nicht dem Beschenkten „entreißen," was dieser dem fortdauernden Willen des Erblassers gemäß empfangen und genossen hat. Es wird also unter obiger Voraussetzung durch den Tod des Schenkers diese donatio eine gültige und unanfechtbare, gleichwie eine mortis causa donatio.

2.

Derselbe Ulpian sagt nun, indem er die Oratio commentirt, und zwar in derselben L. 32. laud. kurz vorher, im § 1:

> Oratio autem Imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso jure res fiant ejus cui donatae sunt, et obligatio sit civilis — etc.

Also: auf alle Schenkungen, bestehen sie in sofortiger Sachübergabe oder Schenkungsversprechen, beziehe sich das Gesetz.

Ausdrücklich sagt ferner derselbe Ulpian im § 23. desselben Fragments: einerlei sei es für die Anwendung der Oratio, ob res geschenkt sei oder etwa obligatio remissa:

> Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa — — —: et generaliter universae donationes, quas impediri diximus, ex Oratione valebunt.

In ähnlicher Weise wird in L. 33. h. t. — und wiederum von Ulpian — wiederholt behauptet, daß auch auf stipulationes das Gesetz Anwendung finde.

Wer daher die Behauptung aufstellt, Ulpian schließe in unsrer L. 23. h. t. das Schenkungsversprechen von dem Gebiete der Oratio

aus, der behauptet geradezu: **Ulpian widerspreche sich selber.** Wer aber andrerseits annimmt, es werde in L. 23. nur eine abweichende Ansicht des Papinian von Ulpian referirt („Papinianus putabat"), der ist dennoch genöthigt, wenigstens im ersten Theil der Stelle einen indirekten Selbstwiderspruch des Ulpian zu finden. Denn es heißt da: Papinianus *recte* putabat.

Lassen wir jetzt den Wortlaut der Stelle folgen, welche den Hauptvorwurf gegenwärtiger Erörterung bildet:

> L. 23. D. de donat. int. vir. et uxor.
>
> Ulpianus libro VI ad Sabinum.
>
> Papinianus recte putabat, Orationem Divi Severi ad rerum donationem pertinere. Denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit.

Schon oben ist gezeigt worden, daß auf den ersten Blick hier Ulpian mit seinen eignen Aussprüchen in anderen Stellen in Widerstreit zu gerathen scheint. Um so genauer müssen wir also jedes Wort des Fragments in's Auge fassen.

Zuvörderst wissen wir nun, daß „res" bei den römischen Juristen nicht bloß „Sache", sondern schlechthin „Gegenstand, Rechtsobjekt" bedeutet. Ferner: Spondere mag häufig nichts weiter bezeichnen, als: promittere. Allein wir finden in der Stelle: stipulanti spondere. Das wäre dann: stipulanti promittere. Welch ein Pleonasmus, welche Weitschweifigkeit bei sonst gedrängter Schreibart! — Spondere heißt nun aber auch: Sponsorem fieri, d. h. Bürge (sponsor) werden für einen Andern (promissor) einem Gläubiger (stipulator).[4]

Wenn wir diesen Spuren folgen, werden wir vielleicht auf einem neuen Wege das Ziel finden, — und zwar das wünschens-

---

4) Nur als Beispiele vgl. L. 3. § 3. D. quod quisque juris in alt. (2. 2). L. 6 § 7. L. 21. 52. 46. D. mandati (17. 1). In der letzten Stelle sind promissor und sponsor einander sogar entgegengesetzt.

werthe und belohnende Ziel, daß aller Widerspruch verschwindet und der gesammte Inhalt des Fragments erst verständlich wird.

3.

Um von nachstehender Erörterung jede Mißdeutung fern zu halten, mag hier sofort eine Uebersetzung des Fragments in dem Sinne vorangestellt werden, welchen ich darin finde:

> „Papinianus meinte mit Recht, die Oratio Divi Severi beziehe sich auf Schenkungen von Vermögensgegenständen. So meinte er denn auch nicht, daß, wenn der maritus seiner stipulirenden uxor spondirt habe (d. h. sponsor geworden sei), der Erbe des maritus belangt werden könne, obgleich unter Fortdauer seines Willens der maritus verstorben sei."

Nun zum Einzelnen. — Rei, rerum donatio heißt hier wie sonst nach römischem Sprachgebrauch keineswegs: Schenkung von Sachen (körperlichen Gegenständen) zu Eigenthum, — ebensowenig: Constituirung von Sachenrechten überhaupt in Schenkungsabsicht. Papinian wollte vielmehr durch jenen Ausdruck zunächst nur ganz kurz andeuten, daß Alles, was bisher unter den Begriff einer verbotenen Schenkung gefallen sei, jetzt ex Oratione convalescire, — nicht Mehr, auch nicht Weniger.[5] Vom Schenkungsverbot, nunmehr also auch von der Convalescenz durch Tod (ex Oratione) wurde jene *wirkliche* donatio, aber auch *nur diese*, betroffen. Zum Wesen einer wirklichen Schenkung unter Ehegatten gehört aber:

Jede sofortige Bereicherung (Vermögensvermehrung) des einen Ehegatten unter Aermerwerden (Vermögensverminderung) des andern Ehegatten, welche animo donandi von Letzterem ausgegangen ist, direkt oder indirekt, — bestehe ihr Inhalt übrigens in Eigenthumsübertragung, Servitut-Pfand-Bestellung, Forderung, Schulderlaß u. s. w.

---

5) L. 32. § 23. laud.: — et generaliter universae donationes, quas *impediri diximus*, ex Oratione valebunt.

Eben dieß war es, was die Oratio mit den Worten ausdrücklich hervorgehoben hatte:

(L. 3. pr. D. h. t.) „neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret;“ — was sodann auch Ulpian in seinem Commentar an mehreren Orten zu betonen bemüht ist, z. B. in

L. 5. § 8. h. t. „quod definiri solet: eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem facit locupletiorem:[6]

Nur dieses konnte es demnach sein, was Papinian — und zwar nach Ulpian's Ansicht „mit Recht“ — möglichst kurz durch die Worte hatte hervorheben wollen: ad rerum donationem pertinet Oratio. Das heißt also: Die Oratio bezieht sich auf wirkliche, jetzige Schenkung; auf eine solche, welche jetzt schon und wirklich der Absicht des Gebers gemäß hier reicher dort ärmer macht, auf „Beschenkung mit einem reellen Vortheil,“ einerlei übrigens ob derselbe in Uebertragung einer Sache, in Bestellung eines Rechts, in Constituirung einer Forderung also in Schenkungsversprechen, in Schulderlaß oder worin immer sonst bestehen mogte. Auch das Schenkungsversprechen bereichert ja wirklich und sofort um eine Forderung gegen den Schenker, um einen Vermögenswerth. Den Nachdruck, welchen Papinian auf das „rerum“ legen will, giebt man vielleicht am Besten wieder durch: Schenkung von Vermögensgegenständen, — oder: reelle Schenkung. Soviel über den ersten Satz des Fragments.

4.

Ulpian fährt fort: Denique — — non putabat etc. — Was die Bedeutung des Wortes denique betrifft, so soll dasselbe

6) Vgl. auch § 16 eod.: Quum igtur nihil de bonis erogatur, recte dicitur valere donationem. Ubicunque igitur non deminuit de facultatibus suis, qui donavit — — vel etiamsi deminuat, locupletior tamen non fit qui accepit, donatio valet.

offenbar das Folgende an das Vorhergehende anknüpfen. Und zwar nicht bloß temporär und äußerlich;[7] die Anknüpfung muß auch eine logische und innere sein. Jedenfalls indessen ist kein reiner Causalnexus zwischen den Sätzen vorhanden, so daß der zweite lediglich die Folgerung, den Schluß aus dem ersten als seinem Grunde enthielte. Anstatt des: quare, quamobrem, ideo schreiben die Römer schwerlich denique. — Zwar drückt an sich die Partikel, wie ebenfalls porro und deinde, einen bloß äußerlichen Zusammenhang aus, so daß wir vermuthen könnten, denique bedeute hier nur „sodann, kurz, endlich" oder Aehnliches. Dieß läßt sich aber bei der Geschlossenheit des Fragments wie es vorliegt und im Sinn des Justinianischen Rechts keineswegs annehmen. Der innere Zusammenhang mit dem Vorhergehenden wird vielmehr darin bestehen, daß es ein **Beispiel** ist, welches hier eben durch denique an den allgemeinen Satz angeknüpft wird, eine Spezialisirung des Hauptgedankens.[8] Und zwar ein höchst characteristisches Beispiel, welches dem Papinian zu dem responsum und ferner zu dem voranstehenden allgemeinen Prinzipe die Veranlassung geboten hatte.

Das Beispiel — oder noch richtiger der casus — ist folgender. Eine Ehefrau hat sich von einem Dritten (X) durch Stipulation Etwas versprechen lassen („stipulanti uxori"). Sie ist also Gläubigerin, stipulatrix — der X ihr Schuldner, promissor. Für den X hat sich der Ehemann durch sponsio verbürgt, folglich seiner eignen Frau („si stipulanti spopondisset uxori suae"). Also kurz; die uxor ist Gläubigerin — der X ist Schuldner — der maritus ist sponsor (Bürge) für den X. — Dieser casus findet in den Worten der Stelle seine Begründung. — Die bisherigen Ausleger dagegen

---

7) Ich meine die Bedeutung des denique, wonach es eine bloße Reihenfolge schließt: deinde — denique.

8) Man übersetze: so denn auch, so zum Beispiel. In ganz ähnlicher Bedeutung wird denique — um nur Einzelnes hervorzuheben und vom klassischen Sprachgebrauch ganz abzusehen — in folgenden Stellen gebraucht: L. 3. § 15. D. ad exhibendum — L. 1. § 10. D. de vi — L. 8. pr. D. de div. temp. praescr. L. 87. D. de reg. juris.

bezweifeln nicht, daß der Mann Schuldner, Hauptschuldner — nicht Bürge — der Frau geworden. Ich meine, dann müßte es heißen: stipulanti uxori promisisset. Aber, wird denn nicht spondere auch statt promittere (entlehnt von der alten Sponsionsform) schlechthin gebraucht? Ja freilich. Allein schwerlich in dieser Verbindung mit „stipulanti". Gesetzt aber auch, dieß wäre nicht ungebräuchlich, — stipulanti promittere oder stipulanti spondere, welch ein Pleonasmus! Eins von Beiden ist offenbar hinreichend. Es hätte dann genügt zu schreiben: si uxor stipulata est a marito, — oder si uxori promisit (spopondit) maritus. Der Verbindung beider Bezeichnungen. für den einen Gedanken stehen gleichsehr Vermuthung und Sprachgebrauch [9] entgegen.

Daß der promissor X in unsrer Stelle gar nicht genannt wird, darf kaum auffallen. Muß doch, wo eine stipulatrix erwähnt wird, auch ein promissor vorhanden sein. Ueberdieß kommt dieser Hauptschuldner gar nicht weiter in Betracht, da dem Papinian einzig und allein um die Ehegatten — die stipulatrix und den sponsor — zu thun ist, da lediglich zur Frage steht, ob eine Schenkung zwischen Ehegatten im Sinne der Oratio eben darin gefunden werden könne, daß der Mann sich animo donandi für eine seiner Frau zustehende Forderung verbürge.

Ehe wir weiter gehen, noch eine sprachliche Bemerkung über das wiederholte „putabat". Mißbilligung von Ulpian's Seite kann, wie oben gezeigt ist, schon wegen des Zusatzes „recte" nicht darin gefunden werden. Nur beiläufig — denn es kommt hier weiter nichts darauf an — sei bemerkt, daß ich zweifle, welcher von folgenden Erklärungen des putabat der Vorzug gebühre. Es kann darin die Gleichzeitigkeit der Aeußerung des Papinian mit dem Gesetze, der Oratio ausgedrückt sein: P. meinte damals, als das Gesetz ererschienen war ꝛc. ꝛc. Oder es wird eine mündliche Aeußerung, ein mündliches Responsum von dem Ohrenzeugen Ulpianus referirt, (nicht eine noch existirende Schrift des P. citirt): P. meinte, äußerte seine Meinung einst dahin ꝛc. ꝛc.

9) Vgl. die Stellen der Not. 4.

5.

Papinian verneint im zweiten Theil der Stelle, daß der Erbe des maritus aus der sponsio belangt werden könne, selbst wenn der maritus unter Fortdauer seines Schenkungswillens, also ohne Willensänderung, verstorben sei. Damit verneint er zugleich die Convalescenz der Schenkung durch den Tod, m. a. W. die Anwendbarkeit der Oratio.

Erklärt sich diese Entscheidung etwa vollständig aus dem ersten Theil, also daraus, daß nur wirkliche rerum donationes unter das Gesetz fallen? Man könnte es fast glauben. In unserm casus hat der maritus der Ehefrau nicht direkt geschenkt; er ist nur mit der Absicht ihr einen Vortheil, eine Sicherheit zu gewähren, für ihren Schuldner X sponsor geworden. Nun könnte man sagen: Zwar hat er sich verpflichtet und dadurch die uxor jetzt schon um eine Forderung bereichert, allein doch nur in eventueller Weise, für den Fall, daß der Hauptschuldner insolvent sein wird. Er ist nicht Schuldner geworden, sondern Intercedent für eine Schuld, die ihre Lösung in dem Vermögen eines Dritten finden soll. Somit ist keine wirkliche, reelle, sofortige Schenkung beabsichtigt und existent geworden, sondern gleichsam eine mögliche, problematische, künftige, noch unentschiedene. — Diese Argumentation würde aber nicht Stich halten. Der maritus würde vielmehr als sponsor sofort und wirklich haften, gleichwie der promissor X selber, keineswegs bloß in subsidium und möglicherweise; die s. g. beneficia sponsorum befreien ihn davon durchaus nicht, und das beneficium excussionis der Intercedenten stammt bekanntlich erst aus dem Novellenrechte.

Allerdings bin auch ich der Meinung, daß eben in der Frage: ob die sponsio des maritus für den promissor der Frau in Schenkungsabsicht eine durch die Oratio convalescirende donatio rei sei oder nicht — der innere Zusammenhang zwischen dem casus und dem Hauptsatze Papinian's bestehen muß. — Allein ohne allen Zweifel mußte Papinian antworten: es ist eine rei donatio. — Demnach kann hierin der Grund nicht liegen, wenn Papinian dennoch nicht meint, es könne der Erbe des maritus jetzt belangt

werden, m. a. W. die Convalescenz der Schenkung durch den Tod des Ehemanns erfolgt sein. —

Und in der That, der wahre Grund liegt nahe genug, wenn man den casus der Stelle näher betrachtet. „Obwohl der maritus unter Fortdauer seines Schenkungswillens verstorben sein (also die Convalescenz ex Oratione anwendbar scheinen) mag, kann der heres mariti dennoch nicht belangt werden." Mit dieser Entscheidung Papinian's scheint Ulpian ganz und gar einverstanden zu sein; keine Andeutung eines Dissenses ist vorhanden.

Bekanntlich haftet der sponsor nach dem zur Zeit des Papinian und Ulpian geltenden Rechte nur auf Lebenszeit; mit seinem Tode geht alle Verpflichtung aus der sponsio unter.[10] Deshalb also, weil die sponsio durch den Tod des sponsor maritus jedenfalls erloschen war — und dieser Grund brauchte in der That nicht näher ausgeführt zu werden, da ja im casus ausdrücklich vom heres sponsoris die Rede war — deshalb haftet der Erbe nicht, obgleich abgesehen von diesem Befreiungsgrunde eine wahre Schenkung zwischen Ehegatten vorliegen, der Tod des Schenkers „durante voluntate" erfolgt sein, die Convalescenz ex Oratione demnach anwendbar erscheinen würde, — deshalb allein kann hier nichts destoweniger von Convalescenz die Rede nicht sein. — Ja freilich, hätte die Frau bei Lebzeiten des sponsor maritus aus der sponsio gegen ihn Klage erheben wollen, dann würde der Mann auf das Schenkungsverbot sich haben berufen dürfen. Das ist aber nicht geschehen. Jetzt aber, nach des maritus Tode, wo sonst Convalescenz ex Oratione und wirksame Klage contra heredem mariti zustehen würde, — jetzt hat in diesem casus die uxor dennoch kein wirksames Recht. Denn es war eben eine sponsio, in welcher die Schenkungsabsicht sich realisirt hatte, und diese ist in demselben Augenblick (morte sponsoris) erloschen, wo ein anderweitiges Schenkungsversprechen convalesciren würde.

10) Gaj. Inst. III. § 120. Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur etc.

Der Entscheidungsgrund des Papinian ist also ein anderer, neuer, nur auf diesen Fall passender. Ebendeshalb ist auch der Zusammenhang dieser Entscheidung mit der des vorstehenden Hauptsatzes nur theilweise ein innerer, wesentlich aber ein äußerlicher, und die Anknüpfung mit der Partikel denique vollkommen gerechtfertigt.[11]

Hiernach dürfte der Nachweis im Einzelnen, wie erst durch diese Auffassung des casus jedes Wort des fragm. 23. seine rechte Bedeutung erhält, kaum mehr nöthig sein. Jedenfalls ergibt sich aus unserer Interpretation, daß Papinian und Ulpian weder unter sich noch mit Andern uneinig sind.

Ich sehe auch nicht ein, warum die Compilatoren, als sie dem fragm. 23. diesen Platz anwiesen, dasselbe anders als im ursprünglichen Sinne verstanden haben sollten. Mogte immerhin Verbürgung durch sponsio damals seltener vorkommen als früher; unmöglich war sie zur Zeit der Publikation der Digesten keineswegs. Selbst, wenn sie die Bestimmungen des Novellenrechts für alle Bürgschaften damals schon vorausgesehen hätten, schwerlich würde das sie von der Reception des Fragments abgehalten haben. Ja, dann war um so mehr Grund dazu den casus der Stelle unverändert beizubehalten. Denn dann konnte ja die Entscheidung der Stelle durch die Argumentation gerechtfertigt erscheinen, welche wir oben (5. im Anfang) berührt, für den Standpunkt Papinian's aber verworfen haben.

Zum Schluß noch einige Worte über das Verhältniß der L. 23. D. zu L. 35. § 5. C. de donation. (8. 54) und zu Nov. 162. c. 1; da diese Stellen von manchen Civilisten hierher gezogen werden.[12]

Erstere Stelle enthält nichts weiter, als daß auch das bloße pactum donationis klagbar sein soll, soweit im Uebrigen die gesetzlichen Formvorschriften beobachtet werden. Daraus läßt sich offenbar für das Schenkungsversprechen in Form der stipulatio oder

11) S. oben 4 im Anf.

12) Vgl. Arndts Lehrb. a. a. O. Schmidt a. a. O. S. 112.

sponsio, und insbesondere für oder gegen dessen Convalescenz ex Oratione Divi Severi nicht das Geringste herleiten. — Hinsichtlich der Novelle wollen wir davon absehen, daß dieselbe nicht glossirt ist. Man sollte kaum für möglich halten, daß diejenigen, welche unsre L. 23 nun einmal als eine Ausschließung des Schenkungsversprechens von der Oratio D. Severi, und zwar im Sinne Papinian's, auffassen wollen, daß diese Juristen eine Bestätigung davon in der Nov. 162. zu erblicken vermeinen. Justinian sagt doch — im Principium — deutlich genug, daß nicht bloß durch Sachtradition und durch Stipulation vollzogene Schenkungen unter Ehegatten durch den Tod des Schenkers ohne Widerruf convalesciren. Also stellt er als seine Meinung voran, daß schon nach älterem bestehenden Recht[13] ganz unzweifelhaft auch das in Stipulationsform vollzogene Schenkungsversprechen convalescire, — was gegen jene Meinung zu beweisen scheint. Nur das Neue fügt der Kaiser hinzu (§§ 1. 2.), daß hinfort auch anderweitige bloße Versprechungen, also auch die ohne Stipulationsform geleisteten, durch des Schenkers Tod convalesciren und mit einer conditio aus der Novelle klagbar sein sollen, wenn nur die Insinuation und die übrigen gesetzlichen Bestimmungen beobachtet worden seien. —

13) Mit den Worten des Princ. „Nos vero recordati sumus constitutionis nostrae, quae donatori, etsi non stipuletur traditionem, necessitatem tradendi rem donatam incumbere dicit“ ist eben die L. 35. C. de donat. gemeint, welche selbst schon die Klagbarkeit der stipulatio donatoris als bestehend voraussetzt (s. oben 2. und besonders L. 33. D. h. t.).

XXI.

Fränkische Interpolation im Theodosischen Codex.

Von Theodor Mommsen.

In einer Verordnung Constantins des Großen vom J. 325, die in den theodosischen Codex 12, 7, 1 eingerückt ist, lesen wir folgende Worte:

> Si quis solidos appendere voluerit, auri cocti septem solidos quaternorum scrupulorum nostris vultibus figuratos appendat pro singulis unciis, quattuordecim vero pro duabus, iuxta hanc formam omnem summam debiti illaturus.

Nichts ist gewisser, als daß diese Stelle, wie sie vorliegt, sowohl mit sich selbst wie mit den ausgemachtesten Thatsachen der römischen Metrologie im Widerspruch steht. Es ist richtig, daß das römische Goldstück von Constantin dem Großen an bis hinab auf die Eroberung Constantinopels 4 Scrupel = 4.55 Gramm wiegt, allein ebenso gewiß, daß solcher Goldstücke 6 auf die Unze, 72 auf das Pfund gehen, da einerseits das römische Pfund notorisch 288 Scrupel hat, andrerseits die bestimmtesten Zeugnisse für jene Verhältnißzahlen des Solidus zu dem römischen Gewicht vorhanden sind — es genügt zu erinnern an die Verordnung Valentinian's I. von 367 (C. Th. 12, 6, 13): in septuaginta duos solidos libra feratur accepta, an Isidor orig. 16, 25, 14: solidus alio nomine sextula dicitur, quod iis sex uncia compleatur; an die

zahlreichen exagia solidi mit Aufschriften wie — (d. i. unciae) II, sol. XII, an die auf den Goldstücken selbst häufigen Währungsziffern LXXII oder OB. — Aber auf der andern Seite wird man sich nicht leicht dazu entschließen, in der obigen Stelle septem aus sex, quattuordecim aus duodecim durch einfachen Schreibfehler hervorgegangen zu achten. — In der That liegt die Sache etwas anders. Das Goldstück, welches die fränkischen Könige seit Theodebert I. (reg. 534—548) schlugen, folgt anfänglich dem Gewicht des byzantinischen Solidus. Allein bald ändert sich dies: alle seit Mauricius (reg. 582—602) geprägten Solidi sind um $1/8$ leichter und offenbar auf das Gewicht von $1/84$ Pfund geschlagen. Deßhalb ist auch dieser neue Solidus anfänglich mit dem Werthzeichen XXI, der entsprechende Tremissis mit dem Werthzeichen VII versehen, insofern nämlich der byzantinische Solidus 24, der fränkische genau $20\,4/7$ oder ungefähr 21, der byzantinische Tremissis 8, der fränkische $6\,6/7$ oder ungefähr 7 siliquae auri galt — wie dies Duchalais in Cartiers und Saussayes revue num. 1840 p. 261 gezeigt hat [1]. Dieser fränkische Solidus wog also $1/7$ Unze und von ihm ist es richtig, was die Verordnung sagt: septem solidos appendat pro singulis unciis, quattuordecim vero pro duabus. — Die Interpolation ist demnach handgreiflich; daß sie auf halbem Wege stehen blieb, hat sie mit allen verwandten Abschreiberverbesserungen gemein. Erhalten ist die Stelle in der einzigen jetzt vaticanischen

1) Diese leichteren fränkischen Solidi des siebenten Jahrhunderts sind nicht zu verwechseln mit den im fünften unter dem Namen der römischen Kaiser in Gallien geschlagenen ihres schlechten Kornes wegen verrufenen Goldstücken. Letztere erwähnt der sogenannte Anhang zum burgundischen Gesetzbuch, den Bluhme in diesen Jahrbüchern I, 185 als eine Verordnung Gundebalds († 516) nachgewiesen hat, ferner der dort angeführte Avitus, die Verordnung Majorians von 458 (tit. 7 de curial. 1. § 14) und Gregor der Große (ep. 3, 33. 6. 7). Maiorian und Gregor nennen sie solidi Gallici oder Galliarum. Die französischen Münzforscher haben besonders über die in der burgundischen Verordnung genannten einzelnen Goldsorten viel verhandelt; doch ist meines Wissens eben die Hauptsache, die Nachweisung der Legirung einzelner Gattungen bisher nicht geliefert worden.

Handschrift, welche von Hänel in den Anfang des sechsten Jahrhunderts gesetzt wird, nach dem Gesagten aber frühestens am Ende desselben und nur im fränkischen Reich geschrieben sein kann. Von Interesse aber scheint dieser Fall für die Art, wie die römischen Gesetze und namentlich das theodosische Gesetzbuch im Frankenreich praktisch angewandt worden sind; und dies ist der Grund, weßhalb diese kleine Notiz hier mitgetheilt wird.

XXII.

Literaturübersicht.

(März bis Juli 1859.)

1) Encyklopädie und Philosophie des Rechts; Aufgabe, Zweck, Methodik und Literatur der Rechtswissenschaft.

Bibliothek der Mecklenburgischen Ritter- und Landschaft. 2. Abth. 1. Lfg. Rechts- und Staatswissenschaften. Rostock. Stiller in Comm. gr. 8. Geh. 1/2 Thlr.

Dankwardt, H., Nationalökonomie u. Jurisprudenz. 4. Heft. Rostock. Leopold. gr. 8. 1/2 Thlr.

Hagen, L., das juristische Studium. Cöln. J. G. Schmitz in Comm. gr. 8. Geh. 1/6 Thlr.

Steffenhagen, E., Beiträge zu v. Savigny's Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter. Aus den Handschriften der Königl. Bibliothek zu Königsberg mitgetheilt. Königsberg. Schubert u. Seidel in Comm. gr. 8. Geh. 1/4 Thlr.

2) Geschichte und Quellen des Rechts; Exegese und Hülfsmittel zum Gebrauch der Quellen.

a) Römisches Recht.

Girtanner, W., die Stipulation und ihr Verhältniß zum Wesen der Vertragsobligationen insbesondre zum Creditum. Kiel. Akadem. Buchh. gr. 8. Geh. 2 Thlr.

Haenelii, G., Notarum ad lib. I—IIII. C. Th. editionem, quam C. Baudi Augustae Taurinorum diuulgauit specimen III. Lips. Dürr. gr. 8. Geh. 3 Sgr.

Hartmannn, O. E., der Ordo Judiciorum und die Judicia extraordinaria der Römer. 1. Thl. Ueber die Röm. Gerichtsverfassung. 1. Lfg. Göttingen. Vandenhoeck u. Ruprecht. gr. 8. Geh. 1 Thlr.

Holtzendorff, F. v., die Deportationsstrafe im Röm. Alterthum hinsichtl. ihrer Entstehung und rechtsgeschichtl. Entwickelung dargestellt. Leipz. Barth. gr. 8. Geh. 2/3 Thlr.

Janssonius, J. Lohmann, Diss. iurid. inaugural. de origine bonorum possessionis, eiusque ui in adiuuando supplendo iure Romanorum hereditario. Groningae. P. van Wicheren. gr. 8. 1 f. 50 c.

Kleijn, de regt soor zaak, s. sub 11.
Schäffner, W., das Röm. R. in Deutschland während des 12. u. 13. Jahrhunderts. Erlangen. Bläsing. gr. 8. Geh. $1/3$ Thlr.
Schimmelpfeng, F., Hommel rediuiuus etc. 8. 9. u. 10. Lfg. Cassel. Fischer. gr. 8. Geh. à $1/2$ Thlr.

b) Deutsches Recht.

Daniels, A. v., Handbuch der deutschen Reichs- u. Staatenrechtsgeschichte. 1. Th. Germanische Zeit. Tübingen. Laupp. gr. 8. Geh. 3 Thlr.
Geisberg, H., die Fehme. Eine Untersuchung über Namen u. Wesen des Gerichts. Münster. Regensberg in Comm. 1858. Geh. $1/2$ Thlr.
Gengler, das Hofrecht des Bischofs Burchard v. Worms erklärt. Erlangen. Bläsing in Comm. gr. 4. Geh. 12 Sgr.
Historia diplomatica Friderici secundi siue constitutiones, priuilegia, mandata, instrumenta, quae supersunt istius imperatoris et filiorum eius. Collegit J. L. Huillard-Brénolles. Préface et introduction. Paris. (Leipz. A. Dürr). 4. Geh $5 2/3$ Thlr.
Orelli, A. v., die Familie im deutschen u. schweizerischen Recht. Akademischer Vortrag. A. u. d. T: Akademische Vorträge VI. Zürich. Meyer u. Zeller. gr. 8. Geh. $1/6$ Thlr.
Osenbrüggen, E., deutsche Rechtsalterthümer aus der Schweiz. 2. Hft. Zürich. Meyer u. Zeller. gr. 8. 16 Sgr.
Roth v. Schreckenstein, L. H., Geschichte der ehemaligen freien Reichsritterschaft in Schwaben, Franken u. am Rheinstrome. 1. Bd. die Entstehung der freien Reichsritterschaft bis zum Jahr 1437. Tübingen. Laupp. gr. 8. Geh. $2 2/3$ Thlr.
Schaumburg, E. v., die Begründung der Brandenburg-Preuß. Herrschaft am Niederrhein und in Westfalen oder der Jülich-Clevesche Erbfolgestreit. Wesel. Bagel. gr. 8. Geh. 1 Thlr.
Vérnon-Revillé, M., les Justices vehmiques en Allemagne au moyen âge. In-8. Colmar.
Wippermann, C. F. L., das Recht der Meier-Aemter (officia uillicationis). Eine deutschrechtl. Unters. Götting. Dietrich. gr. 8. Geh. $2/3$ Thlr.

c) Griechisches Recht.

Westermann, A., Commentationes de iurisiurandi iudicum Atheniensium formula, quae exstat in Demosthenis oratione in Timocratem. Pars III. Lips. Dürr. gr. 4. Geh. 6 Sgr.

3) Gemeines Civilrecht.

Arndts, Lehrb. der Pandekten. 3. Aufl. gr. 8. Geh. $3 2/3$ Thlr.
Biener, F. A., Wechselrechtliche Abhandlungen. Leipzig. B. Tauchnitz. gr. 8. Geh. $2 1/2$ Thlr.
Koch, C. F., Recht der Forderungen nach gem. u. Prß. Recht. 2. Ausg. 2. Bd. 4. u. 5. Lfg. 3. Bd. 1—3. Lfg. Berl. Guttentag. 8. Geh. 1 Thlr. 6 Sgr. u. 2 Thlr.
Leist, B. W., Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse. 3. Hft. Inhalt: Ueber die Natur des Eigenthums. Jena. Frommann. gr. 8. 2 Thlr.
Linde, J. T. B. v., Ueber die Haftverbindlichkeit der Postanstalt nach Grundsätzen des deutsch-österreich. Postvereins u. d. Partikularrechten der zu demselben gehörigen Staaten. Gießen. Ferber. gr. 8. Geh. $5/6$ Thlr.

Matthiae, C., Controversenlexikon des Röm. Civilrechts. 2. Thl.: das Erbrecht. 1. Abth. 1.—4. Lfg. u. 2. Abth. 1. u. 2. Lfg. Leipz. O. Wigand. hoch 4. Geh. à 2/3 Thlr.
Rathmann, F., Einige Worte über eheliches Güterrecht nach heutig. gem. Rechte in Deutschland. Chemnitz. Focke. gr. 8. Geh. 17 Sgr.

4) Partikuläres Privatrecht.

Das allg. bürgerl. Gesetzbuch f. d. Kaiserthum Oesterreich. Ausgelegt für Bürger u. Landmann von einem practischen Juristen. 3. Aufl. 1. Lfg. Wien. Tendler & Co. gr. 8. Geh. 1/2 Thlr.
Das (bayerische) Gesetz vom 26. März 1859 betr. die Gewährleistung bei Viehveräußerungen. Mit einigen erläuternden Bemerkungen etc. München. Franz. gr. 16. Geh. 4 Sgr.
Der Mieth- u. Pachtvertrag und das gerichtl. Verfahren bei den hieraus entstehenden Streitigkeiten mit besonderer Berücksichtigung der Kaiserl. Oesterr. Verordnung v. 16. Nov. 1858. Wien. F. Manz. gr. 8. Geh. 1 Thlr.
Die Civilverantwortlichkeit der Transportführer mit besonderer Berücksichtigung der heutigen Transport-Anstalten u. ihres Verhältnisses zum Handels- u. Gewerbestande. Düsseldorf. Schaubsche Buchh. gr. 8. Geh. 4 Sgr.
Die Gesetzgebung des Kgr. Bayern seit Maximil. II. mit Erläuterungen. Hrsg. v. C. F. Dollmann. 1. Th. 2. Bd. 2. Hft. Erl. Palm & Enke. gr. 8. 2 Thlr. 8 Sgr.
Gesetz, die Verjährungsfristen in Bayern betr., v. 26. März 1859. Mit Erläuter. versehen v. einem rechtskundigen Beamten. Nördlingen. Beck. Geh. 2 Sgr.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Preuß. Rechts durch Theorie und Praxis. 3. Jahrg. 1. Hft. Hamm. Grote. gr. 8. pro cplt. 2 Thlr.
Koch, Recht der Forderungen, s. sub Nr. 3.
v. Linde, Ueber die Haftverbindlichkeit der Postanstalt, s. sub Nr. 3.
Philippi, F., die Vormundschaft in der Preuß. Rheinprovinz. Elberfeld. Bädeker. gr. 8. Geh. 1 5/6 Thlr.
v. Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen der Preuß. Rechtsbücher durch Gesetzgebung u. Wissenschaft. 4. Ausg. 5. Lfg. Berl. Decker. 4. Geh. 1 Thlr.
Stubenrauch, M. v, das österreichische Marken- u. Musterschutzgesetz mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Handels- u. Gewerbstandes erläutert. Wien. F. Manz. gr. 8. Geh. 14 Sgr.
Trummer, C., die beiden letzten Abhandlungen üb. d. Hamburgische Stadtrecht. Nach dem Tod des Vf. hrsg. von dessen Familie. Hamburg. Nolte & Köhler. gr. 8. Geh. 24 Sgr.
Weil, C., Practische Bemerkungen zur Preuß. Ehescheidungsgesetzgebung. 2. Abth. Das formelle Recht. Berlin. D. Reimer. gr. 8. Geh. 12 Sgr.

5) Civilprozeß, Gerichtsverfassung, Praxis und freiwillige Gerichtsbarkeit.

Briegleb, H. K., Einleitung in die Theorie der summar. Prozesse. Leipzig. B. Tauchnitz. gr. 8. Geh. 2 3/4 Thlr.
Callenberg, J. F., Reglement der Subaltern-Bureau's der Kgl. Preuß. Gerichte in seiner jetzigen Gestalt. 4. u. 5. Lfg. Sigmaringen. Liehner. Lex.-8. Geh. à 1/4 Thlr.
Ebhardt, C. H., Die Notariatsordnung f. d. Kgr. Hannover v. 18. Sept. 1853. Mit angehängtem Gebühren- u. Stempel-Tarife. Hannover. Rümpler. gr. 8. Geh. 1/2 Thlr.

Kalessa, F. C., Handbuch des gesammten gerichtl. Verfahrens außer Streitsachen u. aller damit im Zusammenhange stehenden Gesetze u. Verordnungen. 1. Lfg. Wien. Seidel. gr. 8. Geh. 2 Thlr.
Raatz, C. F., der Gerichtsstand der freiwilligen Unterwerfung. Eine civilprozessualische Abhandlung. Gießen. Ricker. gr. 8. Geh. 1 Thlr.
Schering, Handbuch f. d. Schiedsmänner in der Provinz Schlesien. 4. Ausg. Berlin. Th. Heymann in Comm. gr. 8. Geh. 1/3 Thlr.
Strippelmann, F. G. L., Die Sachverständigen im gerichtl. u. außergerichtl. Verfahren. 1. Abth. 2. Hälfte. Cassel. Fischer. gr. 8. Geh. 1 1/3 Thlr.
Tschierpe, H., Erläuterungen der (Mecklenb.) Executions- u. Subhastations-Ordnung de 30. Sept. 1857. Wismar. Hinstorff. gr. 8. 1/2 Thlr.
Zunz, Die Vorschriften über Eidesleistung der Juden. Berlin. Springer. Br. 8. Geh. 1/6 Thlr.
Verzeichniß der Gebühren der öffentl. Rechtsanwälte (in Würtemberg), wie solche in den einzelnen Gesetzen, Verordnungen u. Normal-Verfügungen festgestellt sind ꝛc. Stuttgart. Belser. gr. 8. Geh. 9 Sgr.

6) Staats-, Völker- und öffentliches Recht.

Bayerisches Gemeindebuch. Sammlung der Gesetze u. Verordnungen über Verfassung u. Verwaltung der Orts-, Districts- u. Kreisgemeinden im diesseitigen Bayern. 2. Aufl. Nördlingen. Beck. gr. 8. Geh. 16 Sgr.
Das Staatslexikon. Hrsg. v. v. Rotteck u. Welcker. 3. Aufl. 30.—36. Hft. à 8 Sgr.
Deutsches Staatswörterbuch. Hrsg v. Bluntschli u. Brater ꝛc. Hft 35. 36. 37. 38. à 1/3 Thlr.
Die Civil- u. Militärverfassung des deutsch. Bundes. Neue Ausgabe. Berlin. Hempel. Geh 1/4 Thlr.
Die Ständewahlberechtigung im Herzogth. Schleswig. Itzehoe (Herzbruch in Flensburg). 1858. 8. Geh. 2 Sgr.
Gonzenbach, A. v., Beitrag zur Erklärung der Einverleibung eines Theils von Savoyen in die schweiz. Neutralität. Zürich. Schultheß. gr. 8. Geh. 2/3 Thlr.
Hauff, L., Die Gemeindeverfassung des Kgr. Bayern diesseits des Rheins. 1.—4. Lfg. Bamberg. Buchner. gr. 8. Geh. à 1/3 Thlr.
Hof- u. Staatshandbuch des Großherzogth. Oldenburg f. 1859. Oldenburg. Schulze. gr. 8. Geh 1 1/3 Thlr.
Faber, F. F., Die Wüttembergischen Familien-Stiftungen nebst geneal. Nachrichten über die zu denselben berechtigten Familien. 22.—24. Hft. Stuttgart. Aue. gr. 8. Geh. 8 Sgr.
Illustrirte dtsche Adelsrolle ꝛc. 7. 8. 9. Lfg. Lpz. Schäfer. Lex-8. Geh. à 1/3 Thlr.
Kleinschrod, C. F. G., Oesterreich u. die ital. Verträge. Eine Rechtsbetrachtung. Frankf. Sauerländer. gr. 8 1/3 Thlr.
Kletke, G. M., Die Staatsverträge des Kgr. Bayern in Bez. auf Justiz-, Polizei-, Administrations- ꝛc. Angelegenheiten v. 1806—1808 systemat. u. chronol. zusammengestellt. 1. Abth. Regensburg. Pustet. gr. 8. Geh. 1/2 Thlr.
Kurfürstl. hessisches Hof- u. Staatshandbuch auf das J. 1859. Cassel. Bertram in Comm. gr. 8. Geb. baar 1 1/3 Thlr.
de Martens, C., Causes célèbres du droit de gens. 2. édit. Tome 3. Leipz. Brockhaus. gr. 8. Geh. 2 2/3 Thlr
Mohl, R. v, Encyklopädie d. Staatswiss. Tübing. Laupp. gr. 8. Geh. 3 5/6 Thlr.
Neumann, L., Recueil de traités etc. Tome 5. Leipz. Brockhaus. gr. 8. Geh. 3 2/3 Thlr.
Neues allgem. deutsches Adelslexikon im Vereine m. mehreren Historikern hrsg. v. E. H. Kneschke. 1. Bd. 2. Abth. Leipz. F. Voigt. gr. 8. Geh. 1 1/3 Thlr.

Pernice, L., die staatsrechtl. Verhältnisse des Gräfl. Hauses Giech während des Bestehens des dtschn. Reichs u. nach d. Auflösung desselben. Ein publicistisches Erachten. Halle. Anton. Lex.-8. Geh. 1½ Thlr.

Recueil des traités, conventions et actes diplomatiques concernant l'Autriche et l'Italie (1703—1859). Paris. Amyot. In-8. 13 fr.

Sponneck, W. C. E, Die holsteinische Ständeversammlung u. die Verfassungsfrage. Kopenhagen. Gyldendal. gr. 8. Geh. ½ Thlr.

Staatshandbuch f. d. Großherzogth. Sachs.-Weimar-Eisenach. 1859. Weimar. Kühn in Comm. gr. 8. Geh. baar 1⅔ Thlr. Schreibp. geh. 2 Thlr. 2½ Sgr.

Staatskalender der freien Hansestadt Bremen auf d. J. 1859. Bremen. Strack in Comm. gr. 8. Geb. ⅔ Thlr.

Verfassungsbestimmungen, Zusammenstellung der, des Kgr. Hannover. Hannover. Meyer. gr. 8. Geh. ¾ Thlr.

Verhaegen, E., Etudes de droit public. pet. in-8. Bruxelles. 1 Thlr. 6 Sgr.

Weiss, M. S., Code de droit maritime international tel qu'il existe chez les nations en temps de paix et en temps de guerre, depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours selon l'école historique. Ouvrage couronné par la Faculté de droit de Fribourg (en Brisgau). T. I. XVIII — 269 p. T. II. Code de droit maritime international tel qu'il devrait exister chez les nations en temps de paix et en temps de guerre selon l'école du droit naturel des gens. In-8. XXI — 341 p. faux titres, titres et cartons. Paris 1857 — 1858. Amyot. 16 fr.

Werenberg, W., die Rechtsverhältnisse im Staatsschuldenwesen des Kgr. Hannover. Bremen. Strack. gr. 8. Geh. ⅓ Thlr.

7. Kirchenrecht.

Aktenstücke aus der Verwaltung des evangel. Oberkirchenraths 10. Hft. (2. Bd. 4. Hft.). Berlin. Besser'sche Buchh. gr. 8. 12 Sgr.

Baumgarten, M., Meine Sache vor dem Landtage zu Malchin. Die betr. Aktenstücke hrsg. u. mit einem Vorworte begleitet. Hamb. Nolte & Köhler. gr. 8. Geh. ⅓ Thlr.

Buchler, J. B., Die Lehre v. d. Reservatfällen mit besonderer Berücksichtigung d. Reservationen in den Diöcesen Rottenburg u. Würzburg. Schaffhausen. Hurter. 8. Geh. ¼ Thlr.

Einige Worte über die Bulle Pius IX. v. 21. Oct. 1858 auch mit Berücksichtigung der kathol. Gemeinde auf Nordstrand. Flensburg. Herzbruch in Comm. 8. Geh. 2 Sgr.

Frühbuß, O., Ueber Wiederbelebung der Kirchenzucht. Ein Referat. Breslau. Dülfer. gr. 8 Geh. ⅓ Thlr.

Gardellini, A., Decreta authentica congregationis sacrorum rituum ex actis eiusdem collecta. Ed. III. Vol. 4. Romae. 1858. (Regensburg. Manz). 4. Geh. baar 3 Thlr.

Herrmann, E., Rechtsgutachten üb. d. Entlassung des Prof. Baumgarten in Rostock. Hamburg. Nolte & Köhler. gr. 8. Geh. ⅙ Thlr.

Genthe, E. L. v., Kirchenrechtl. Mittheilungen aus d. Fürstenth. Lüneburg. Celle. Capaun-Karlowa. 1. 2. Hft. gr. 8. à 12 Sgr.

Kaiser, M., Ueber das impedimentum raptus mit besonderer Berücksichtig. der an den Minderjährigen begangenen Entführung. Inauguraldissertat. (München. Lindauer.) Innsbruck 1858. gr. 4. Geh. ¼ Thlr.

Marx, P. J., de denunciatione iuris canonici. Diss. Schaffhausen. Hurter. gr. 8. Geh. 12 Sgr.

Mejer, O., die Concordatsverhandlungen mit Würtemberg v. J. 1807. Stuttgart. Metzler. gr. 8. Geh. 16 Sgr.

Riemann, R., Der Art. XII der Preuß. Verfassung: „die Freiheit des religiösen Bekenntnisses wird gewährleistet ꝛc.“ Breslau. Kern. gr. 8. Geh. ⅙ Thlr.
Stahl, F. J., Die lutherische Kirche u. die Union. Eine wissenschaftl. Erörterung der Zeitfrage. Berlin. W. Hertz. gr. 8. Geh. 2⅔ Thlr.
Ueber Ehescheidung. Mitau. Reyher. gr. 8. 3 Sgr.
Kirchenordnung f. d. evangel. Gemeinden der Prov. Westphalen und der Rheinprovinz v. 5. März 1835. Hrsg. v. F. Bluhme. 2. Aufl. Bonn. Marcus 12. Geh. ¼ Thlr

8) Kriminalrecht und Prozeß.

Abegg, J. F. H., die Berechtigung der dtschn. Strafrechtswissenschaft d. Gegenwart. Braunschweig. Schwetschke & Sohn. gr. 8. Geh. 24 Sgr.
Böhlau, H., Der Kriminalproz. Rose u. Rosal. Weimar. Böhlau. gr. 8. Geh. 8 Sgr.
—— Quellen u. Literatur des gem. dtschn. u. Preuß. Strafrechts. Weimar. Böhlau. 8. Geh. ⅙ Thlr.
Das Würtembergische Str.-G.-B. v. 1. März 1839 mit den unter den Text beigef. Aenderungen durch spätere Gesetze ꝛc. Handausgabe. Hrsg. v. W. Reuß. Stuttgart. Metzler. gr. 8. Geh. 1⅓ Thlr.
Die gerichtl. Obduction nach den in Preußen geltenden Bestimmungen u. d. neuen Regulativ v. 15. Nov. 1858. Von e. pract. Juristen. Berlin. Enslin. Lex.-8. Geh. 12 Sgr.
Egidy, C. A. v., Das Verbrechen des Diebstahls, insbes. nach d. thüringer Str.-G.-B. Leipz. Voigt & Günther. gr. 8. Geh. 1 Thlr.
Gildenmeister, J., Die Injurienklage der theolog. Facultät zu Marburg gegen den Consistorialrath Vilmar. Frankf. a. M. Brönner. gr. 8. Geh. 7 Sgr.
Köstlin, C. R., Geschichte des dtschn. Strafrechts im Umriß. Nach des Vf. Tod hrsg. v. Th. Geßler. Tübing. Laupp. gr. 8. Geh. 1⅓ Thlr.
Liman, P., Der Preuß. Strafprozeß. Enth.: die Verordnung v. 3. Jan. 1849, das Gesetz v. 3. Mai 1852 u. die Kriminalordnung f. d. Preuß. Staaten. Berlin. Springer. Lex.-8. Geh. 2 Thlr. 24 Sgr.
Metsch, H. A. v., Die Vorschriften der Kgl. Sächs. Str.-Proz.-Ordnung v. 11. Aug. 1855 betr. das Verfahren in gerichtsamtl. Untersuchungen. Leipz. Barth. gr. 8. Geh. 16 Sgr.
Mührer, A., Repetitorium des preuß. Strafprozesses zum Gebr. bei d. Vorbereitungen auf d. jurist. Prüfung u. zur Aushülfe in der Praxis. Berlin. Streerath & Co. in Comm. 1858. Geh. 1 Thlr.
Müller, C., Bibliothek interessanter Kriminalgeschichten ꝛc. Quedlinburg. Basse. 1. u. 2. Bdch. 16. à ½ Thlr.
Ortloff, H., Der fiscal. Strafprozeß od. ein Officialverfahren in d. Form des contradictorischen Untersuchungsprozesses. Eine histor.-pract. Abhandlung. Leipz. Breitkopf u. Härtel. gr. 8. Geh. ½ Thlr.
Revidirte Strafprozeßordnung f. d. Kgr. Hannover v. 5. Apr. 1859. Hannover. Meyer. gr. 8. Geh. ½ Thl.
Sundelin, An die dtschn. Geschwornen. Ein Beitr. zur Verständigung üb. ihre Aufgabe in d. Gegenwart. Weimar. Landesindustriecomptoir. gr. 8. Geh. 6 Sgr.
Uebersicht der Strafrechtspflege im Großherzogth. Baden während d. J. 1857. Hrsg. vom Großherzogl. Justizministerium. Carlsruhe. Müller. gr. 4. Geh. 1 Thlr.
Wechselfälschungsprozeß, der Freudenfeld'sche. Verhandelt vor d. Schwurgericht in Thorn. Graudenz. Röthe. 8. 2½ Sgr.

9) Zeitschriften und casuistische Literatur.

Annalen des Kgl. Sächs. O.-A.-Gerichts zu Dresden. Hrsg. v. E. Cuno u. K. M. Pöschmann. 1. Bd. 1. Hft. Leipz. Roßberg. gr. 8. ½ Thlr.

Annalen f. Rechtspflege u. Gesetzgebung in den Preuß. Rheinprovinzen. 9. Bd. 1. 2. Hft. Trier. Lintz. gr. 8. pro cplt. 2 Thlr.

Archiv f. d. civilist. Praxis. Hrsg. v. Francke, v. Linde, Mittermaier u. v. Vangerow. 42. Bd. 1. Hft. Heidelberg. Mohr. Lex.-8. Geh. pro cplt. 2 Thlr.

Archiv f. pract. Rechtswissenschaft aus d. Gebiete des Civilrechts, des Civilprozesses u. des Kriminalrechts. Hrsg. v. B. Emminghaus, E. Hoffmann, H. Martin ꝛc. Marburg. Elwert 7. Bd. 1. Hft. gr. 8. pro cplt. 2 Thlr.

Archiv f. die strafrechtl. Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands. Hrsg. v. J. D. H. Temme. Jahrg. 1859. Hft. 1. Erl. Enke. gr. 8. ⅔ Thlr.

Archiv für preuß. Strafrecht. Hrsg. v. Goltdammer. 7. Bd. 1. Hft. Berlin. Decker. gr. 8. pro cplt. 5 Thlr.

Archiv f. dtsches Wechselrecht. Hrsg. v. Siebenhaar u. Tauchnitz. 8. Bds. 1. u. 2. Hft. Leipz. B. Tauchnitz. gr. 8. à ⅔ Thlr.

Archiv f. Entscheidungen der obersten Gerichte in dtschen. Staaten Hrsg. v. J. A. Seuffert u. E. A. Seuffert. 12. Bd. 3. Hft. München. Literar.-artist. Anstalt. gr. 8. 22 Sgr.

Badisches Centralblatt f. Staats- u. Gemeindeinteressen. Red. Bissing. Jahrg. 1859. Nro. 1. Heidelberg. Emmerling. 4. pro cplt. 3 Thlr.

Die Strafrechtspflege in Dtschlnd. Hrsg. v. v. Groß. 2. Jahrg. 1859. 1. Hft. Weimar. Landesindustriecomptoir. gr. 8. halbjährig 2 Thlr.

Entscheidungen des Kgl. (Preuß.) Ober-Tribunals. Hrsg. von Decker, Boswinckel u. Heinsius. 39. Bd. (3. Folge. 9. Bd.) Berl. C. Heymann. gr. 8. Geh. 2 Thlr.

Jahrbücher der dtschn. Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung. Hrsg. v. Th. Schletter. 5. Bd. 2. Hft. Erl. Enke. gr. Lex.-8. ⅔ Thlr.

Jahrbücher f. bad. Recht. Als erweiterte Forts. der oberhofgerichtl. Jahrbücher. Hrsg. v. Stabel. 1. Bd. 1. u. 2. Hft. Mannh. Götz. gr. 8. 1⅓ Thlr.

Juristische Ztg. f. das Kgr. Hannover. 34. Jahrg. 1859. Nro. 1. u. 2. Stade. Pockwitz. 8. pro cplt 1⅔ Thlr.

Kritische Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebungen u. Rechtswissenschaft... Hrsg. v. J. Pözl. 1. Bd. 1. Hft. München Liter.-artist. Anstalt. gr. 8. 1 Thlr.

Magazin f. Hannoversches Recht. Hrsg. v. Düring u. Wachsmuth. 9. Bd. (Jahrg. 1859). 1. Hft. Hannover. Rümpler. gr. 8. pr. cplt. 2 Thlr.

Neues Archiv f. Handelsrecht Hrsg. v. J. F. Voigt u. E. Heinichen. 2. Bd. 1. Hft. Hamburg. Perthes-Besser & Mauke. gr. 8. ⅔ Thlr.

Preußische Gerichtszeitung. Organ f. Rechtswissensch. u. Rechtspflege. Red. E. C. E. Hiersemenzel. 1. Jahrg. 1859. Nro. 1—30. Berlin. Jansen in Comm. Fol. vierteljähr. baar ¾ Thlr.

Sammlung der Entscheidungen des O.-A.-G. zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen. Hrsg. v. J. J. Römer. 4. Bd. 4. Hft. Frankf. a. M. Boselli gr. 8. ¾ Thlr.

Sammlung v. Erkenntnissen u. Entscheidungsgründen des O.-A.-Ger. zu Lübeck in Hamburger Rechtssachen. Hamb. Perthes-Besser & Mauke. 3. Bd. 1. Abth. 8. Geh. ¾ Thlr.

—— v. Entscheidungen des Großherzogl. Hessischen Cassationshofs in Civil- u. Strafsachen a. d. J. 1858. Hrsg. v. A. Emmerling. Darmstadt (Mainz. v. Zabern.) 1858. gr. 8. Geh. 1⅓ Thlr.

Zeitschrift f. Gesetzgebungs- u. Verwaltungs-Reform. Hrsg. von K. Brater. 3. Hft. Nördlingen. Beck. gr. 8. 11 Sgr.
—— f. Gesetzgebung u. Rechtspflege des Kgr. Bayern. 5. Bd. 4. Hft. 6. Bd. 1. Hft. Erl. Palm u. Enke. gr. 8. 1 Thlr. 2 Sgr. u. 22 Sgr.
—— f. Rechtspflege in Württemberg. Hrsg. v. Neuffer. 1. Bd. 1. Hft. Reutlingen. Enßlin & Laiblin. gr. 8. pro cplt. (3 Hfte.) 1 Thlr. 24 Sgr.
—— —— u. Verwaltung ꝛc. v. Tauchnitz. N. F. 17. 6. Hft. 18. Bd. 1—3. Hft. Leipz. B. Tauchnitz. gr. 8. à ½ Thlr.

10) Gesetze, Gesetzsammlungen, populäre Literatur, Justizpolitik, encyklopädisch-lexikalische Werke u. Anderes.

Advokatenordnung u. Notariatsordnung f. d. Kgr. Sachsen v. 3. Juni 1859 nebst Ausführungsverordnungen u. Taxverordnungen zu derselben. Dresden. Meinhold & Söhne. gr. 8. Geh. ¼ Thlr.
Allerunterthänigstes Bedenken der Holstein. Ständeversammlung an S. M. d. König über den Entwurf eines Gesetzes betr. die Verfassung des Herzogth. Holstein. Kiel. Akad. Buchh. gr. 4 Geh. 8 Sgr.
Ausschußbericht üb. den Antrag des akad. Consistoriums der Universität zu Kiel: Die hohe Ständeversammlung wolle dahin wirken, daß eine solche verfassungsmäßige Einrichtung getroffen werde, wodurch die Interessen der Universität gewahrt werden ꝛc. Kiel. Akad. Buchh. gr. 4. Geh. 4 Sgr.
—— üb. d. Entwurf eines Gesetzes betr. die Verfassung des Herzogth. Holstein ꝛc. Ebendas. gr. 4. Geh. 12 Sgr.
Beck, C. M, Juristischer Rathgeber f. Fremde u. Einheimische im Kgr. Sachsen in ihren gegens. Beziehungen. Dresden. Ernst. 8. Geh. ⅓ Thlr.
Beseler, W., die Verfassungsfrage in der holst. Ständeversammlung. Braunschweig. Schwetschke & Sohn. gr. 8. Geh ¼ Thlr.
Damianitsch, M., Nachtrags-Verordnungen zum Oesterr. Militär-Str.-G.-B. v. 15. Januar 1855, im Auszuge zusammengestellt ꝛc. Wien. Lechner. gr. 8. Geh. 4 Sgr.
Die Gewährleistung bei Viehveräußerungen. (Gesetz f. d. Kgr. Baiern v. 26. März 1859). München. Finsterlin in Comm. gr. 16. Geh. 4 Sgr.
Die Städteordnung f. d. sechs östlichen Provinzen der Preuß. Monarchie v. 30. Mai 1830 mit deren Ergänzungen u. Erläuterungen systemat. zusammengestellt von C. A. Hübner. Berlin. Gerschel. gr 8. Geh. 2 Thlr.
Entwurf eines Handelsgesetzbuchs f. d. Preuß. Staaten. 4. Lfg. Berlin. Decker. Lex.-8. 1 Thlr. 2¾ Sgr.
Feuerbachs, F., Allg. deutscher Hausadvokat. N. Aufl. Ulm. Ebner. gr. 8. Geh. 1 Thlr.
Gemeindeedict, das revidirte, des Kgr. Bayern diesseits des Rheins v. 1. Juli 1834, sammt der Vollzugsinstruction v. 31. Oct. 1837 u. den Ergänzungen derselben. Bamberg. Buchner. gr. 8. Geh. 16 Sgr.
Gesetzsammlung f. d. Mecklenburg-Schwerinschen Lande. 2. Folge, umfassend den Zeitraum vom Anfange dieses Jahrh. bis zum J. 1857. Red. v. Raabe. 40. Lfg. od. 6. Bd. 5. Lfg. Wismar. Hinstorff. Lex.-8. Geh. ¾ Thlr.
Gesetzsammlung f. d. Mecklenburg-Strelitzischen Lande, red. von Th. Scherenberg u. F. Genzken. 6. 7. Lfg Neu-Strelitz. Barnewitz. gr. 8. Geh. à 17½ Sgr. Velinp. à 1⅙ Thlr.
Gesetz üb. die (hannover'sche) Gerichtsverfassung v. 8. Nov. 1850. Gesetz betr. Abänderungen der das bürgerl. Prozeßverfahren bezielenden Gesetze, vom 31. März 1850. Gesetz betr. die Einrichtung v. Anwaltskammern v. 31. März 1859. Hannover. Meyer. gr 8. Geh. ¼ Thlr.

Gesetz (hannover'sches) betr. die Entrichtung der Stempelsteuer v. 30. Jan. 1859. 2. Aufl. Hannover. Meyer. gr. 8. 1/6 Thlr.

Gundling, J., §§ (Paragraphe) Skizzen aus der Juristen- u. Beamtenwelt. 2. Bdchn. Prag. Gundling's Selbstverlag. 8. Geh. 2/3 Thlr.

Hannover'sche Gesetzgebung betr. die Jagdordnung v. 11. März 1859, nebst Ausführungsbekanntmachung. Hannover. Hahn. gr. 8. 2 Sgr.

—— —— die persönl. directen Steuern betr. vom 20. März 1859 nebst Ausführungsbekanntmachung. Ebendas. hoch 4. Geh. 9 Sgr.

—— —— über Diensteide. Nach amtl. Quellen. Hannover. Lohse. gr. 8. Geh. 1/3 Thlr.

—— —— über Landgemeinden. Hannover. Meyer. gr. 8. Geh. 1/6 Thlr.

Jagdordnung (hannover'sche) nebst der Bekanntmachung des Kgl. Ministeriums des Innern, die Ausführung derselben betr. v. 11. März 1859. Hannover. Meyer. gr. 8. Geh. 2½ Sgr.

Kompe, W., Der Entwurf eines allg. dtschn. Handelsgesetzbuchs in seinem Verhältniß zum dtschn. Post- u. Eisenbahntransportrecht. Regensb. Pustet. gr. 8. Geh. 6 Sgr.

Lundberg, Der Rechtsverständige. Ein Handb. f. Jedermann zur eigenen Belehrung u. selbständ. Bearbeitung gerichtl. Angelegenheiten. Kempen. (Ostrowo. Priebatsch). 8. Geh. 27½ Sgr.

Neue Gesetze, Verordnungen rc. f. d. Kgr. Bayern. 6. Bdch. 5. Lfg. 7. Bdchn. 1. Lfg. München. Franz. gr. 8. ½ Thlr. (Schreibp. in Lex.-8. 1 Thlr.) resp. 1/3 Thlr. (Schreibp. in Lex.-8. 24 Sgr.)

Pfundheller, J., Der Preßprozeß: „Presse contra Kirchenzeitung.“ Wien. Wendelin. gr. 8. Geh. 4 Sgr.

Rechtslexicon f. Juristen aller dtschn. Staaten. Red. von J. Weiske. 13. Bd. 3. u. 4. Lfg. Leipz. O. Wigand. gr. 8. Geh. à 2/3 Thlr. Velinp. à 5/6 Thlr.

Sammlung der im Regierungsblatt u. im Staatsanzeiger f. d. Kgr. Württemberg enthaltenen Gesetze, Verordnungen, Verfügungen rc. Jahrg. 1858. Stuttgart. Metzler. gr. 8. Geh. 26 Sgr.

—— der seit dem Regierungsantritt Sr. Maj. Franz Joseph I. bis zum Schlusse d. J. 1855 erlassenen Gesetze u. Verordnungen im Justizfache rc. 15. Bd. gr. 8. Wien. Fr. Manz. gr. 8. baar 1 1/3 Thlr. 16. Bd. Ebend. gr. 8. baar 1 Thlr. 4 Sgr. 17. Bd. Ebend. gr. 8. baar 1 Thlr. 22 Sgr.

—— der Verordnungen der freien Hanse-Stadt Hamburg seit 1814. 27. Bd. Verordnungen v. 1858. Bearb v. J. M. Lappenberg. Hamb. Meißner. gr. 8. Geh. 2¾ Thlr. Schreibp. 3 2/3 Thlr.

—— der Wasserbaugesetze f. d. Kgr. Hannover v. J. 1621 bis Ende 1858. Zusammengestellt v. E. H. C. Schulze. Celle. Schulze. gr. 8. Geh. 3 1/6 Thlr.

Schopf, F. J., der Oesterr. Staatsbürger. Eine umfassende u. pract. Darstellung aller Rechte u. Pflichten der Staatsangehörigen in d. sämmtl. Kronländern. 2 Bde. 2. Aufl. Pesth. Heckenast. Lex.-8. 3 1/3 Thlr.

Spamer, O., Vehme oder Justiz? Appellation an die öffentl. Meinung in Betreff eines Gutachtens des Leipziger Sachverständigen-Vereins I. Section v. Nov. 1858, wodurch derselbe den Inhalt des angeklagten Buchs: Livingstone, der Missionär rc. für gesetzmäßig erklärt u. dennoch dessen Verleger aufs Empfindlichste an der Ehre kränkt. Leipz. Spamer. Lex.-8. Geh. baar 12½ Sgr.

Wimmer, J., Normalien-Sammlung f. Militärgerichte (in Oesterr.). 2. Suppplem.-Hft. (Jahrg. 1858). Gratz (Wien. Lechner). gr. 8. 1½ Thlr.

Wolf, Hannover'sche Jagdgesetzgebung, eine Zusammenstellung der die Jagd-

verhältnisse betr. Gesetze u. Verordnungen des Kgr. Hannover. Hannover. Helwing. gr. 8. Geh. 6 Sgr.

11) Ausländisches Recht*)

Desmaze, Ch., Le Parlement de Paris, son organisation, ses premiers présidents et procureurs généraux, avec une notice sur les autres parlements de France et le tableau de MM. les premiers présidents et procureurs généraux de la cour de Paris (1334—1859). In-8. Paris. Michel Lévy frères. 5 fr.

Fassel, H. B., das mosaisch-rabbinische Gerichtsverfahren in civilrechtl. Sachen. Wien. Gerolds Sohn in Comm. gr. 8. Geh. 2⅓ Thlr.

Frignet, E., Traité des avaries communes et particulières suivant les diverses législations maritimes. Tome I. In-8. Paris. Franck. L'ouvrage, 2 vol. 16 fr.

Gardissal et Ch. D. Gardissal, Précis des législations française et étrangères sur les brevets d'invention et les marques de fabrique. In-12. Neuilly. 2 fr.

Gneist, R., Das engl. Grundsteuersystem. Berlin. Springer. gr. 8. Geh. 12½ Sgr.

Holtzendorff, F. v., Französische Rechtszustände, insbes. die Resultate der Strafgerichtspflege in Frankreich u. d. Zwangscolonisation von Cayenne. Zwei Vorträge. Leipz. Barth. 8. Geh. ⅓ Thlr.

Kleijn, Mr. A. G., De regtsoorzaak. Een studie van civielregt. Eerste gedeelte. Inleiding — Romeinsch regt. 's Gravenhage. Gebr. Belinfante. gr. 8. 2 f. 25 c.

Mareschal, J., Du droit héréditaire des auteurs et des erreurs du congrès de Bruxelles, suivi d'un discours sur les beaux arts. Paris. Hachette & Co. In-8. 2 fr. 50 c.

v. Orelli, Die Familie, s. sub Nro. 2. b.

Salmon, J. B., Handwörterb. zum französ. Civil-Gesetzbuche, enth. die Uebersetzung sämmtlicher in diesem Gesetzbuche vorkommenden Wörter u. Rechtsausdrücke rc. 1. Lfg. Mannheim. Löffler. gr. 16. Geh. 16 Sgr.

Schäffner, W., Gesch. der Rechtsverfassung Frankreichs. 4 Bde. 2. Ausg. Frankf. a. M. Sauerländer. gr. 8. Geh. 6 Thlr.

Segesser, A. P. v., Rechtsgesch. d. Stadt u. Republik Luzern. 4. Bd. 3. Lfg. Luzern. Gebr. Räber. gr. 8. 24 Sgr.

Schuster, F., Die Civilprozeßordnung f. d. Kgr. Ungarn, Kroatien u. Slavonien, die Wojwodschaft Serbien rc. erläutert. 3. Aufl. 1.—4. Lfg. Wien. Fr. Manz. gr. 8. Geh. à 1⅓ Thlr.

Tippelskirch, A. W. F. v., Ueber die alten Parlamente Frankreichs u. deren Einfluß auf die Staatsformen der Gegenwart. Berl. F. Schneider. Lex.-8. Geh. ⅓ Thlr.

Ueber die Bedeutung der Wörter parties [p. contractantes], héritiers et ayant-cause u. tiers im französ. Recht, insbes. in dem Art. 1319, 1322 u. 1328 rc. des französ. Civilgesetzbuchs. Cöln. Eisen. gr. 8. Geh. ⅙ Thlr.

Vacano, O., Ueb. d. Lehre des Code Napoleon v. d. Solidar-Obligationen. Trier. Lintz. gr. 8. Geh. 12 Sgr.

Zeitschrift f. Kunde u. Fortbildung der Zürcherischen Rechtspflege. Hrsg. v. J. Schauberg. Zürich. Schultheß. 6. Bd. 2. Hft. gr. 8. pr. cplt. 2 Thlr.

---

*) Hierzu Nachträge im nächsten Heft.

D. R.

Recensionenverzeichniß.

(März bis Juli 1859.)

Ficker, Ueb. d. Entstehungszeit des Sachsenspiegels. Gött. gel. Anz. 65—68. Germania 2.
—— Spiegel dtschr. Leute. Schletter, Jahrb. V. 2. Germania 2.
Formularienbuch f. Advokaten u. Notare. Oesterr. Vierteljahrsschrift f. Rechts- u. Staatsw. III. 2.
Freudentheil, Die Justizvorlagen u. d. Anwaltstag zu Zelle. Oesterr. Vierteljahrsschr. III. 1.
Frühbus, Ueb. Wiederbelebung d. Kirchenzucht. Volksbl. f. Stadt u. Land 41.
Gerber, Beiträge z. Lehre vom Klaggrund. Liter. Centralbl. 16. Schletter, Jahrb. V. 2. (Münchener) Krit. Vierteljahrsschr. 1.
Gesetzbuch Daniels I., Fürsten v. Montenegro. Oesterr. Vierteljahrsschr. III. 2.
Glaß, Wasserrechtl. Gesetzgebung. (Münchener) Krit. Vierteljahrsschr. 1.
Gneist, Die Grundlagen des engl. Staatslebens. Spener'sche Ztg. 70.
Gneist, Institutionum syntagma. Schletter, Jahrb. V. 2.
Gräff, das Eigenthum d. kathol. Kirche. Heidelb. Jahrb. 28. Lit. Centralbl. 9.
—— Rechtsverhältnisse des Domanial-Mitbaurechts. Wochenschr. des schles. Vereins f. Berg- u. Hüttenw. 17.
Groskopff, Retentionsrecht. Schletter, Jahrb. V. 2. (Münchener) Krit. Vierteljahrsschr. 1.
Gruchot, Beitr. zur Erläuterung d. Preuß. Rechts. Schles. Ztg. 63. Spener'sche Ztg. 80.
Häberlin, Lehrb. des Landwirthschaftsrechts. Liter. Centralbl. 26.
Hälschner, Jurist. Studium in Preußen. Liter. Centralbl. 13. Preuß. Jahrb. III. 3. Der Arbeitgeber. 134.
—— Syst. des Prß. Strafrechts. Die Strafrechtspflege in Deutschland 1.
Hahn, die Prß. Gesetze üb. Vorfluth 2c. Pfeil, Krit. Bl. 41. Bd. 2.
Hartmann, Ordo Iudiciorum. Liter. Centralbl 16.
Heise, Handelsrecht Ztschr. f d. ges Handelsrecht II. 3.
Helfferich, Gesch. des Westgothenrechts. Liter. Centralbl. 14.
Herbst, Handb. d. Oesterr. Strafrechts. Oesterr. Vierteljahrsschr. III. 2.
Hesse, Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn. (Münchner) Krit. Vierteljahrsschr. 1. Blätter für Rechtspflege 7. 8.
Hiersemenzel, Commissionsgeschäft. Der Gerichtssaal 2.
Hillebrand, Rechtssprüchwörter Germania 1. Oesterr. Vierteljahrsschr. III. 2.
Hingst, Comm. de bonor. poss. Liter. Centralbl. 18.
Hinze, Hannoversches Seerecht. Magaz. f. Hannov. Recht 1.
Hirt, der Diebstahl. Die Strafrechtspflege in Dtschld. 1.
—— der Hausfrieden. Die Strafrechtspflege in Dtschld. 1.
Holtzendorff, v., Französ. Rechtszustände. Kathol. Literaturztg. 19. Phillips' u. Görres' Bl. 10. Hamb. Corresp. 122.
Homeyer, Richtsteig Landrechts. Schletter, Jahrb. V. 2.
Homeyer, Ueber d. Spiegel dtschr. Leute. Schletter, Jahrb. V. 2.
Hüffer, Verpflichtung der Gemeinden zum Bau der Pfarrhäuser. Kathol. Lit. Ztg. 15. Der Katholik 6. Liter. Centralbl. 29. Heidelb. Jahrb. 28.
Jahrbuch des gem. dtsch. Rechts hrsg. v. Bekker u. Muther. Revue historique de droit français et étranger. V. 3.
Janssen, Kirche u. Staat. Kath. Lit. Ztg. 12.
Iringi, Gesch. d. Entstehg. d. 26. Gesetzartikels v. 1791. Gersdorf, Repert. 2.
Juden können nicht Richter sein. Volksbl. f. Stadt u. Land 41.
Kah, das badische Landrecht. Magaz. f. badische Rechtspflege IIII. 2.
Kheil, Erläuterung des Oesterr. Wechselrechts. Dtsche. allg. Ztg. 84.
Kirchenrechtl. Mittheilungen. Magaz. f. Hannov. Recht. 1.
Kletke, Ztschr. für Handelsgesetzgebung. Schles. Ztg. 63.

Pegert, Erklärung der L. 12. c. de usufructu. (Münchner) Krit. Vierteljahrsschr. 1.
Peitler, Samml. v. Entscheidungen zum allg. bürgerl. Gesetzb. Oesterr. Vierteljahrsschr. III. 2.
Pernice, Staatsrechtl. Verhältnisse des Hauses Giech. Krit. Vierteljahrsschr. 1. Gött. gel. Anz. 100.
Phillips, dtsche. Königswahl. Gött. gel. Anz. 65—68.
Plange, Ueber res mancipi. Schletter, Jahrb. V. 2.
Pléthon, Traité des lois. Publ. par Alexandre. Liter. Centralbl. 14.
Pöschmann, Obseruatt. ad ius ante-Justinianeum etc. (Heidelb.) Krit. Ztschr. V. 6.
Regelsberger, Altersvorzug der Pfandrechte. Der Gerichtssaal 2. Magaz. f. Hannov. Recht 1. (Münchner) Krit. Vierteljahrsschr. 1. Bl. f. Rechtspfl. 7. 8.
Rein, Privatrecht. Neue Jahrb. f. Philologie 3. Heidelb. Jahrb. 10.
Richter, Kirchenrecht. Gött. gel. Anzeigen 42—44.
Rizy, Zinstaxen u. Wuchergesetze. Kath. Liter. Ztg. 21. Oesterr. Vierteljahrsschr. III. 2.
Rockinger, drei Formelsammlungen. Schletter, Jahrb. V. 2.
v. Rönne, Staatsrecht. Hamb. Correspond. 118. Stettiner Ztg. 81.
—— Verfassungsurkunde f. d. Prß. Staat. Schles. Ztg. 125.
Roßhirt, Kirchenrecht. Schles. Kirchenbl. 8.
Roth, Mecklenburg. Lehnrecht. Liter. Centralbl. 13.
Roth v. Schreckenstein, Gesch. d. Reichsritterschaft. Anz. f. d. Kunde dtschr. Vorzeit 5. Menzel Literaturbl. 50. Ztschr. f. dtsche. Kulturgesch. 7. Abendbl. zur Neuen Münchner Ztg. 140.
Ruhstrat, Negotiorum gestio. Schletter, Jahrb. V. 2.
Samhaber, Ueber Staatsverbrechen. Gersdorfs Repertor. 10. Abendbl. zur Neuen Münchner Ztg. 82.
Sarvey, Civilpracticum. Schletter, Jahrb. V. 2.
Schaaf, Abhandll. aus d. Pandektenrecht. Schletter, Jahrb. V. 2.
Schäffner, das Röm. R. in Dtschlnd. Liter. Centralbl. 29.
Schlesinger, Formalcontracte. (Münchner) Krit. Vierteljahrsschr. 1.
Schliemann, Krit. Bemerkungen zum Entwurf eines allg. dtschn. Handelsgesetzb. Ztschr. f. ges. Handelsr. 2, 3.
Schmid, Gesetze der Angelsachsen. Sybel's histor. Ztschr. 2.
Schneider, Ueber das concludente Stillschweigen. Gersdorf Repertor. 5.
Schöpf, Handb. des kathol. Kirchenrechts. Lit. Centralbl. 21.
Schulte, Proz. vor d. kathol. geistl. Ehegerichten Oesterr. Liter. Centralbl. 19.
Seeger, Abhandl. aus d. Strafrecht. Lit. Centralbl. 25.
v. Segesser, Rechtsgesch. der Stadt u. Republ. Luzern. Sybel's histor. Ztschr. 2.
Siegel, Gerichtswesen. Schletter, Jahrb. V. 2.
Spamer, Vehme oder Justiz? Hamb. Nachrichten 116.
Stahl, die luther. Kirche u. d. Union. Allg. Ztg. 180. Protestant. Kirchenztg. 27. Dtsche. Ztschr. f. christl. Wissenschaft 29 ff.
Staudinger, Lebensversicherungsvertrag. Ztschr. f. d. gesammte Handelsr. 2. 3.
Stemann, Darstellg. d. Preuß. Strafverfahrens. Lit. Centralbl. 10.
Steffenhagen, Beiträge zu v. Savigny's Rechtsgesch. Liter. Centralbl. 21.
Strippelmann, die Sachverständigen. Lit. Centralbl. 29.
Teutsch, Zehntrecht d. evangel. Landeskirche in Siebenbürgen. Oesterr. Vierteljahrsschr. f. Rechts- u. Staatsw. III. 2.
Thudichum, Gesch. des freien Gerichts Kaichen. Sybel's histor. Ztschr. 2.
v. Tippelskirch, Geschworngerichte in England. Schletter, Jahrb. V. 2.

Druck von C. P. Melzer in Leipzig.

Verantwortlicher Redacteur: Prof. Dr. E. J. Bekker.



